Der Dienstvertrag

und der

entgeltliche Verwahrungsvertrag

des Bürgerlichen Gesetzbuches.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Werner Fontaine,

Referendar.

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1904.

Meinen Eltern.

Inhaltsangabe.

I. Teil.

§ 1. Einleitung.
§ 2. Der Dienstvertrag im römischen Recht und im Gemeinen Recht.
§ 3. Der Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Verhältnis zu verwandten Verträgen.
§ 4. Tatbestand des Dienstvertrages.
§ 5. Die rechtlichen Folgen des Dienstvertrages.
§ 6. Die Beendigungsgründe eines Dienstvertrages.

II. Teil.

§ 7. Verwahrungsvertrag im Gem. Recht.
§ 8. Tatbestand des entgeltlichen Verwahrungsvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch.
§ 9. Die rechtlichen Folgen des entgeltlichen Verwahrungsvertrages.
§ 10. Beendigung des entgeltlichen Verwahrungsvertrages und des depositum irregulare.

III. Teil.

§ 11. Vergleich des Tatbestandes beider Verträge.
§ 12. Ihr wirtschaftlicher Zweck.
§ 13. Gegenüberstellung der eingegangenen Verpflichtungen bei beiden Verträgen.
§ 14. Vergleich der Beendigungsgründe beider Verträge.
§ 15. In welcher Weise sind beide Verträge durch die soziale Gesetzgebung beeinflußt?
Schlußbetrachtung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0121

Literatur.

Baron, Pandekten, 9. Aufl. Leipz. 1896.

Braun, Archiv für sociale Gesetzgebung, Bd. VIII. Berlin1895.

Brinz, Pandekten II, ½ 2. Aufl. Erlangen 1886.

Cesana, Terminologie und Wesen des Arbeitsvertrags. Diss. Zürich 1898.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I. Jena 1900.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg i. B. 1897.

Dernburg, Pandekten II. 6. Aufl. Berlin 1900.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 2. Berlin 1900.

Endemann, W., Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht. Jena 1897.

Hachenburg, M., Dienstvertrag und Werkvertrag im B.G.B. Mannheim 1899.

Iherings Jahrbücher, Bd. 38. Jena 1898.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. 2 Bde. 1898—1901.

Lehmann, Kommentar zu den Nebengesetzen, Bd. II. Berlin 1902.

Loewenfeld, Über den Dienst-, Werk- und Auftrags-Vertrag nach dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1889.

Lotmar, Phil., Der Arbeitsvertrag, Bd. I. Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Leipzig 1902.

Matthiass, Lehrbuch des B. G. B., Bd. I. Berlin 1900.
Meyerhof, Der Dienst-Mietvertrag. Diss. Rostock 1903.
Mittelstein, Max, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B., Bd. II. Berlin 1895.
Oertmann, Kommentar zum B. G. B. Berlin 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. Berlin 1897—99.
Reatz, Der Erfüllungsort. Berlin 1889.
Reatz, Die gemeinschaftliche Schuld. Berlin 1889.
Riezler, Der Werkvertrag. Jena 1900.
von Schey, Die Obligationenverhältnisse des oestreich. allg. Privatrechts. Wien 1895.
Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. Berlin 1897.
Sintenis, Zivilrecht 2. 3. Aufl. Leipzig 1869.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in ihren allgemeinen Lehren.
Unterholzner, Schuldverhältnisse II. Leipzig 1854.
Wettstein, Das Kassenschrankfachgesetz. Bern 1903.
Windscheid, Pandekten II. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

§ 1.

Das Thema dieser Arbeit stellt uns zwei Vertragsarten gegenüber, die im Bürgerlichen Gesetzbuche in zwei verschiedenen Titeln geregelt sind. Wir beabsichtigen nun im folgenden zu zeigen, in welchen Beziehungen diese Verträge zu einander stehen, m. a. W. einen Vergleich zwischen dem Dienstvertrag und dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches anzustellen.

Die Aufgabe, eine derartige Frage zu lösen, entzieht sich dem Gesetz. Die Motive verweisen in einem ähnlichen Fall [1]) diese Aufgabe in das Gebiet der Wissenschaft, der sie auch ohne Besorgnis überlassen werden könne. Denn keine Gesetzgebung habe versucht, eine solche Frage durch besondere Bestimmungen zum Austrage zu bringen. Das Gesetzbuch hat vor allem klare und verständliche Bestimmungen zu treffen und in knappen Sätzen seinen Standpunkt und seine Entscheidung in jeder Frage zum Ausdruck zu bringen. Dann ist es die Aufgabe der Wissenschaft, die ver-

---

[1]) Hier handelt es sich um die Frage, worin sich das Wesen des Auftrags vom Dienstvertrag unterscheide. Motive Bd. II, S. 526.

wandten Rechtssätzen zu untersuchen und diese dann unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen.

Bei der Behandlung dieser Aufgabe bieten sich zwei Möglichkeiten. Entweder beide Verträge, die das Bürgerliche Gesetzbuch als selbständige Verträge anerkennt, von vornherein gegenüberzustellen und gemeinsam zu behandeln oder die beiden Vertragsarten von einander zu trennen und gesondert zu bearbeiten und dann zum Schluß einen Vergleich anzustellen.

Wir schlagen den letzteren Weg ein und folgen so dem Bürgerlichen Gesetzbuch, das beide Verträge von einander trennt, wie aus der Regelung in zwei verschiedenen Titeln zu sehen ist. Wir glauben auf diese Weise die den beiden Vertragsarten eigentümlichen Bestimmungen klarer zum Ausdruck bringen zu können.

Es ist nun ausgeschlossen, daß sich ein neues Gesetzbuch völlig von dem alten Recht lossagt und gänzlich neue Grundsätze schafft. Man weiß, sagt Endemann in Bezug auf das Bürgerliche Gesetzbuch „daß es von Haus aus als eine Hauptaufgabe der Kodifikation gegolten hat, sich bei Vereinheitlichung der deutschen Partikularrechte möglichst auf die überkommenen Lehren und Praxis zu stützen.“ [1]). Daraus folgt, daß man auf das frühere Recht zurückgehen muß, wenn man das geltende Recht verstehen will und das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches und insbesondere die Vorschriften über den Dienstvertrag und Verwahrungsvertrag beruhen

[1]) Endemann, Arbeit im Privatrecht, S. 78.

auf römisch-gemeinrechtlichen Bestimmungen. Zum besseren Verständnis werden wir daher bei unserer Aufgabe von diesen römisch-gemeinrechtlichen Bestimmungen ausgehen.

§ 2.

I. Teil.

Einen selbständigen Dienstvertrag, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch ausgebildet hat, finden wir im römischen Recht nicht. Die Grundsätze des römischen Rechts, die für den Dienstvertrag des modernen Rechtes grundlegend geworden sind, finden sich vielmehr in der locatio conductio. Unter diesen Begriff faßte man Sachmiete (locatio conductio rei), Dienstmiete (locatio conductio operarum), Werkmiete (locatio conductio operis) zusammen. Diese drei Arten der Mietverträge haben eine sehr ungleichmäßige Entwickelung erfahren. Die Dienstmiete, — die uns allein hier interessiert — ist sehr wenig ausgebildet. Denn in dem Digestentitel 19,[2] Inst. 3,24 bod. 4,65 finden wir nur wenige Vorschriften, die sich auf die Dienstmiete beziehen. Grundsätzlich fanden die Bestimmungen der Sachmiete auf die Dienstmiete Anwendung, deren Lehren im Gegensatz zur Dienstmiete eine reiche Ausbildung gefunden haben.

Die Ursache dieser Vernachlässigung der Dienstmiete ist in der überwiegenden Sklavenwirtschaft, neben der die freie Arbeit nur eine aushelfende ergänzende

Rolle spielte [1]) zu finden. In Rom hatten sich eigenartige Arbeits- und Wirtschaftsverhältnisse gebildet. Die Sklaven wurden öffentlich auf dem Markte verkauft. Man kaufte sie wie eine Ware, und zwar in der Absicht, sie für sich arbeiten zu lassen.

Erst allmählich boten auch Freie — die infolge schlechter Vermögensverhältnisse dazu gezwungen wurden — ihre Dienste gegen Entgelt an. Ein Kauf, wie bei den Sklaven, konnte hier nicht abgeschlossen werden. Denn nicht die Person selbst, sondern nur ihre Dienste wollte man sich dienstbar machen.

So wurde man gezwungen andere Grundsätze auf dieses Vertragsverhältnis anzuwenden und man fand diese in der bereits vorhandenen locatio conductio. Da nun aber in Rom die Sklavenarbeit stets überwogen hat, so hat die Dienstmiete stets eine untergeordnete Rolle gespielt. Dieser Umstand erklärt die geringe Beachtung, die die Dienstmiete im römischen Recht gefunden.

Die locatio conductio operarum ist ein Konsensualkontrakt, d. h. durch den Konsens der beiden Parteien erwarb jeder Vertragsgegner das Recht, Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen zu verlangen. Der conductor hatte sein Entgelt für die Dienste zu leisten. Dies Entgelt konnte — hierin ist eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts zu erblicken — nur in Geld oder Früchten bestehen, andernfalls lag keine Miete vor.

[1]) Paulus sententia II, 18 § 1: „homo liber, qui statum suum in potestate habet et pejorem eum et meliorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat.

Der locator war dagegen verpflichtet, seine versprochenen Dienstleistungen zu verrichten. Gegenstand dieser Dienstleistungen konnten nur operae illiberales, Dienste niederer Art sein. Hierunter verstand man Handarbeiten, die keine besondere künstliche oder wissenschaftliche Ausbildung voraussetzten [1]). Denn nach der römischen Anschauung war es nur für diese möglich, ein Entgelt zu entrichten. Zwar konnten die Dienstleistenden der operae liberales auch eine Vergütung, ein sog. honorarium erhalten. Zur Leistung dieses honorarium bestand aber auf Grund des Vertrages keine Verpflichtung, so daß es unmöglich war, das honorarium einzuklagen. Erst später gab der Prätor durch eine cognitio extraordinaria einen klagbaren Anspruch auf das honorarium, sodaß hierdurch die strenge Trennung zwischen operae liberales und illiberales etwas beeinträchtigt wurde.

Nichts destoweniger ist aber diese Scheidung von operae liberales und illiberales, abgesehen von dem oben bereits erwähnten Moment der Entwicklung der locatio conductio operarum sehr hinderlich gewesen.

Wir kommen jetzt zum Gem. Recht. Wir sahen, daß im römischen Recht das Entgelt bei der locatio conductio nur in Geld oder in Früchten bestehen konnte. Im allgemeinen hat das Gem. Recht diese Ansicht beibehalten.

Windscheid [2]) erklärt, es läge keine Miete vor, wenn die Gegenleistung in etwas anderem als Geld

[1]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B., § 44, S. 284.

[2]) Pandekten II, § 399.

oder Früchten bestände. Freilich sagt er [1]) einige Seiten später: Wenn für Gebrauch von Sachen und Diensten nicht Geld, sondern eine andere Gegenleistung versprochen wird, so nennt man den Vertrag nicht Mietvertrag. Aber es gelten für denselben die gleichen Grundsätze, wie für den Mietvertrag. Dernburg [2]) äußert eine ähnliche Ansicht: „Überlassung einer Nutzung gegen andere Äquivalente z. B. Dienste ist nicht Miete, aber ihr im wesentlichen analog".

In dieser Auffassung ist ein Vergleich zum römischen Recht ein Fortschritt zu erblicken. Versprach der Mieter nach römischem Recht als Gegenleistung etwas anderes als Geld oder Früchte, so konnte der Vermieter erst auf die Gegenleistung klagen, wenn er seinerseits geleistet hatte. Denn erst durch seine Leistung nicht durch die Beredung wurde der Vertrag für die Parteien verbindlich. Es war dies ein Fall des Innominatkontraktes [3]).

Im Gem. Recht wurde dagegen die Sonderstellung des Innominatkontraktes des römischen Rechts nicht anerkannt [4]), sondern es lag in einem solchen Fall ein Konsensualkontrakt vor, auf den, wie wir oben aus-

---

[1]) Windscheid, Pand. II, § 404.

[2]) Dernburg, Pand. II, § 111, [1].

[3]) Ursprünglich waren auch die Innominatkontrakte nicht klagbar, sondern es bestand nur ein Rückforderungsrecht. Später wurde die Klagbarkeit allgemein anerkannt und eine actio praescriptis verbis gegeben.

[4]) Windscheid, Pand. § 312; Dernburg, Pand. II, § 8; R. G. II, S. 49.

geführt haben, die gleichen Grundsätze Anwendung finden, wie für den Mietvertrag.

Hierin ist nun ein kleiner Fortschritt in der Ausbildung der Dienstmiete zu sehen. Aber das Festhalten an der Trennung der operae liberales und illibirales [1]) und die Unterstellung der Dienstmiete unter die Grundsätze der Sachmiete haben es verhindert, daß das Gem. Recht diesen Vertrag so ausgebildet hat, wie es seiner Wichtigkeit für das praktische Leben entsprochen hätte.

Auf die Entwickelung des Dienstvertrages in den ausländischen Privatrechtskodifikationen näher einzugehen, halten wir für unangebracht. Wir verweisen in dieser Beziehung auf die Arbeit von Cesana-Giebler „Terminologie und Wesen des Arbeitsvertrages". Hier schreibt er [2]) u. a.: „Nehmen wir von den Bestimmungen, welche über den Arbeitsvertrag [3]) in den gegenwärtig zu Kraft bestehenden Zivilgesetzbüchern von Frankreich, Belgien, Holland etc. auch nur flüchtig Einsicht, so haben wir uns von der kärglichen, der heutigen Gestaltung der Lebens- und Verkehrsverhältnisse durchaus unentsprechenden Regelung dieses Rechtsinstituts bald überzeugt. Es ist bekannt, daß alle diese Länder auf dem römisch-rechtlichem Standpunkt stehen geblieben sind, einem Standpunkt, der eigentlich schon zu Beginn unseres Jahrhunderts veraltet war."

---

[1]) Ein Beweis für diese Behauptung ist in der R. G. 18 S. 174, 175 zu erblicken.

[2]) Cesana, Terminologie etc. S. 8.

[3]) Cesana nennt den Dienstvertrag „Arbeitsvertrag".

Cesana gesteht zu, daß die Kodifikationen von Preußen, Rußland, Österreich-Ungarn, Portugal, Schweden und Norwegen ein etwas erfreulicheres Bild darbieten. Doch das Land, welches zuerst bahnbrechend die moderne Anschauung und Bedeutung des Arbeitsvertrages gewürdigt habe, und zuerst auf dem Wege der Privatrechtskodifikationen zeitgemäß geregelt habe, sei die Schweiz.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist das Schweizer Obligationenrecht in vieler Beziehung vorbildlich gewesen. Gerade in unserem Fall ist dies mit Freuden wahrzunehmen. Denn beim Dienstvertrag stehen hauptsächlich die Interessen der niederen Klassen auf dem Spiel. Daher kann man mit Lotmar [1]) vermuten, daß diese Interessen dort besser vertreten werden, wo der Klassengegensatz weniger ausgebildet ist und die Freiheit der Meinungsäußerung weniger beschränkt ist.

Die Schöpfung des Bürgerlichen Gesetzbuches bedeutet für die Entwickelung des Dienstvertrages einen großen Fortschritt.

§ 3.

Welche Wichtigkeit man der Dienstmiete für das Bürgerliche Gesetzbuch zumaß, wird sogleich dadurch klar vor Augen geführt, daß eine Trennung von Sach- und Dienstmiete geschaffen wurde und ferner die Bestimmungen der Dienstmiete unter der Bezeichnung

[1]) Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik „Der Dienstvertrag."

„Dienstvertrag“ in einem besonderen Titel geregelt wurden. Ganz hat man sich vom römischen Recht nicht losgesagt, sondern dem Dienstvertrag dadurch eine gewisse Ähnlichkeit mit der Sachmiete zugestanden, daß man den Titel über den Dienstvertrag unmittelbar hinter Sachmiete und Gebrauchsleihe seine Stelle anwies. Endemann[1]) tadelt dies sehr. Nach seiner Ansicht ist eine Verwandtschaft von Gebrauch einer Sache mit Gebrauch einer Person, die im römischen Rechte dem Sklavenwesen zufolge sich aufdrängte, jetzt undenkbar. Wenn auch zugegeben werden muß, daß sich die Ansichten in dieser Beziehung geändert haben, so läßt sich eine innere Verwandtschaft der Sachmiete und Dienstvertrag nicht leugnen. Dies beweist die Entstehungsgeschichte und die weitere Entwicklung der beiden Verträge zu Genüge. Auch die Motive[2]) sprechen von einer „Anlehnung“ des Dienstvertrages an den Mietvertrag,

Die Bezeichnung „Dienstvertrag“, die wir auch im Schweizer Obligationsrecht finden, hat großen Widerspruch erfahren. Einige[3]) glaubten, daß durch die Bezeichnung „Dienstvertrag“ zum Ausdruck gebracht wurde, daß dieser Vertrag mehr die dem Arbeitgeber zugewendete Seite ins Auge fasse, obwohl ein Vertrag, der eine so weitgehende Wichtigkeit im wirtschaftlichen Leben erlangt habe, wie der Dienstvertrag, vielmehr

---

[1]) Endemann. Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht V.

[2]) Motive II, § 539.

[3]) z. B. Meyer, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Archiv f. soc. Gesetzgebung und Statistik, S. 448.

den wirtschaftlich Schwachen, den Arbeitnehmer schützen und dies auch durch seine Bezeichnung zum Ausdruck bringen müsse. Man hat für das Bürgerliche Gesetzbuch die Bezeichnungen „Lohnvertrag“ und vor allem aber „Arbeitsvertrag“ vorgeschlagen. Aber der Reichstag behielt die Überschrift „Dienstvertrag“ bei und begründete diesen Entschluß damit, daß der Ausdruck „Arbeitsvertrag“ mehr auf Verträge hindeute, die eine körperliche Tätigkeit zum Gegenstande hätten. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann aber ein Dienstvertrag auch abgeschlossen werden über andere Tätigkeiten, wie z. B. die Tätigkeit des Arztes, Advokaten u. a. m., die doch nicht als körperliche Tätigkeiten bezeichnet werden können. Daher entspräche die Bezeichnung „Dienstvertrag“ mehr dem Sprachgebrauch als „Arbeitsvertrag“.

Ferner erzeugt jeder Dienstvertrag eine mehr oder minder weitgehende Abhängigkeit des Dienstverpflichteten vom Dienstberechtigten. Sei es ein Vertrag, der mit einem Tagelöhner abgeschlossen ist oder ein Vertrag, der mit einem Advokaten z. B. über einen zu führenden Prozeß abgeschlossen ist. Bei dem Tagelöhner liegt natürlich eine weitgehende Abhängigkeit von den Anordnungen des Dienstberechtigten vor, aber eine Abhängigkeit ist auch bei dem Advokaten vorhanden, z. B. der Advokat ist von seiner Partei abhängig, ob er einen Anspruch der Gegenpartei anerkennen soll oder nicht.

Diese bei jedem Dienstvertrag vorhandene Abhängigkeit des Dienstverpflichteten ist nach unserer Ansicht

bei weitem klarer durch die Bezeichnung „Dienstvertrag“ als Arbeitsvertrag zum Ausdruck gebracht.

Fragen wir, welcher Tatbestand liegt einem Dienstvertrag zugrunde, so werden wir vor die Aufgabe gestellt, das Verhältnis des Dienstvertrags von anderen verwandten Vertragsverhältnissen zu erörtern. Vorausschicken möchten wir, daß verschiedene unter den Begriff des Dienstvertrags fallende Verhältnisse bereits durch die Reichsgesetzgebung geregelt sind. Hierher gehört vor allem das Dienstverhältnis des Handelsgehülfen (H. G. B., Art. 57—65), des Schiffers (H. G. B., Art. 478—527), des gewerblichen Arbeiters (§§ 105 bis 139 b, 154 Gew.-O.), die Verträge mit dem amtlich bestellten Handelsmakler, der Vertrag auf Bergung und Hülfeleistung in Seenot. Ferner bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Gesinderecht unberührt, soweit sie nicht durch die Vorschriften des E. G., Art. 95 aufgehoben sind.

Es erübrigt sich unseres Erachtens auf das Verhältnis von Mietvertrag und Dienstvertrag näher einzugehen, da der Unterschied dieser beiden Verträge bereits durch den Kontraktsgegenstand scharf gegeben ist. Im ersten Fall handelt es sich um die entgeltliche Gebrauchsüberlassung und Gewährung einer Sache, während beim Dienstvertrag die Arbeitskraft eines Menschen Gegenstand des Vertrages bildet.

Trotz dieses scharfen Unterscheidungsmerkmal wird es nach den Ausführungen von Mittelstein [1])

[1]) Mittelstein, Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, § 6, 5.

im praktischen Leben häufig vorkommen, daß es schwer zu entscheiden ist, ob Miete oder Dienstvertrag vorliegt. Er beweist dies an praktischen Beispielen. Nach seiner Ansicht kommt es stets auf den konkreten Fall an, da es unmöglich ist, eine allgemeine Regel aufzustellen. Bei der Beurteilung eines solchen Falles müsse man feststellen, welches Rechtsverhältnis das wichtigere, das zugrunde liegende sei. Es sei aber selbstverständlich, daß für einen Mieter Vorschriften des Dienstvertrags, für einen Dienstverpflichteten Vorschriften des Mietvertrages zur Anwendung kommen könnten [1]).

Trotzdem liegt immer nur ein einheitliches Schuldverhältnis vor, was bald mehr von den Normen der Miete, bald mehr von den Normen des Dienstvertrages beherrscht wird.

Schwieriger ist dagegen die Abgrenzung des Dienstvertrages vom Auftrag und Werkvertrag.

a) Verhältnis des Dienstvertrags zum Auftrag.

Die Motive [2]) zum B. G. B. erklären, daß die Aufgabe ein ausschlaggebendes Merkmal zwischen den Auftrag und Dienstvertrag aufzustellen, sich der Erledigung des Gesetzes entzöge. Diese Aufgabe fiele vielmehr der Wissenschaft zu. Bisher sind die Ansichten in der Wissenschaft recht verschieden und die größte Schwierigkeit hat sich in der Feststellung des Tatbestandes eines Auftragvertrages und Dienstvertrages

[1]) Motive II, S. 372; Oertmann, § 535, [2].

[2]) Motive II, S. 596.

gezeigt. Die Motive [1]) meinen, daß durch die Ausdrücke „Auftrag", „Geschäft" und „besorgen" klargestellt ist, daß der Auftragsvertrag ein anderer Vertrag ist, als der Dienstvertrag. Hiergegen wandte sich vor allem Loewenfeld [2]) indem er ausführt: „Die Motive behaupten mit Unrecht, es sei klargestellt, der Auftragsvertrag sei ein anderer Vertrag als der Dienstvertrag. In Wirklichkeit sei dies nur klargestellt, wenn gesagt würde, wodurch sich die Übernahme eines „Dienstes" gegen Bezahlung von der Übernahme eines „Geschäftes" gegen Bezahlung dann unterscheidet, wenn der „Dienst" und das „Geschäft" nicht verschieden sondern ein und dieselbe Handlung sein können, wie dies die Motive ausdrücklich zugeben. Loewenfeld [3]) kommt dann zu dem Resultat, daß der Tatbestand des Dienstvertrages und des entgeltlichen Auftragsvertrages [4]) identisch sind und er sieht keine Veranlassung an den Tatbestand dieser beiden Verträge, soweit er identisch ist, verschiedene Rechtsfolgen zu knüpfen.

Für den Auftrag bleibt nach seinen Ausführungen nur die unentgeltliche Dienstübernahme, hierdurch sei dann ein scharfes Unterscheidungsmerkmal vom Dienstvertrag geschaffen.

[1]) Motive II, S. 527.

[2]) Loewenfeld, S. 863.

[3]) Loewenfeld, S. 867.

[4]) Der erste Entwurf, der von Loewenfeld in seiner genannten Schrift angegriffen, kennt den entgeltlichen Auftragsvertrag. Diesen hat das B. G. B. nicht beibehalten, aber das Gesetz kennt laut § 675 „Geschäftsbesorgung", die Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags, also entgeltlich sein kann.

Die von Loewenfeld gemachten Ausführungen sind vollkommen überzeugend, und wir sehen, daß das B. G. B. dieses von Loewenfeld geforderte besondere Merkmal des Auftrags — die Unentgeltlichkeit — in § 662 B. G. B.[1]) gesetzlich festgelegt hat.

In dem § 675 B. G. B.[2]) werden nun eine Anzahl von Vorschriften des Auftrags auf einen Dienst- oder Werkvertrag für anwendbar erklärt, der eine „Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Stehen wir nun auf dem Standpunkt von Loewenfeld, der auch von Hachenburg[3]) energisch verteidigt wird, und behaupten nur, daß ein Unterschied zwischen Geschäftsbesorgung und Diensten anderer Art nicht zu machen ist, so müssen wir hinsichtlich des oben zitierten § 675 entscheiden, daß es keinen Dienstvertrag gibt, auf den die im § 675 aufgeführten Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen könnten.

Das einzige scharfe Unterscheidungsmerkmal ist also die strenge Unentgeltlichkeit des Auftrags und wir folgern daher mit Hachenburg[4]), daß die im Gesetz

---

[1]) „Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen". (§ 662).

[2]) „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsführung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671, Abs. 2 entsprechende Anwendung". (§ 675).

[3]) Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag.

[4]) Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 11.

für den Dienstvertrag oder den Auftragsvertrag gegebenen Vorschriften wechselseitig anwendbar sind, soweit sie nicht auf diesem grundsätzlichen Moment, Vergütung und Ausschluß der Vergütung beruhen. Daher kommen wir zu dem Resultat, daß die gleiche Tätigkeit sowohl Gegenstand eines Dienstvertrags als eines Auftragsvertrags sein kann. Ist diese entgeltlich übernommen, so liegt Dienstvertrag vor, ist sie unentgeltlich übernommen, so liegt Auftrag vor, auch ändert spätere Gewährung eines Honorars als Vergütung der Dienste des Beauftragten nichts an der rechtlichen Natur des Auftragverhältnisses.

Als weiteres Unterscheidungsmerkmal wird wohl auch das Stellvertretungsmoment des Auftrags genannt. Da aber anerkannt[1]) ist, daß eine Stellvertretung auch mit einem Dienstvertrag verbunden sein kann, so erübrigt es sich nach unserer Ansicht, hierauf näher einzugehen.

Weit weniger schwierig ist die Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag.

Die Motive[2]) sagen hierüber: „Gegenstand des Dienstvertrages sind die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche, Gegenstand des Werkvertrags ist das Werk oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit. Bei dem Dienstvertrag wird für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrag für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen". Hier-

---

[1]) Endemann, Behandlung der Arbeit im Privatrecht, S. 87.

[2]) Motive II, S. 471.

aus und aus § 631 B. G. B. [1]) folgt, daß Gegenstand des Werkvertrages ein Werk als vollendetes Ganzes, ein Erfolg sein kann. Allein dafür wird eine Vergütung versprochen. Bei dem Dienstvertrag handelt es sich weniger um den Erfolg der zu leistenden Dienste, sondern man verlangt nur, daß der Verpflichtete Dienste leiste. Ob auch tatsächlich der gewünschte Erfolg durch die Dienste herbeigeführt wird, ist für die Verpflichtung der zu leistenden Vergütung gleichgültig. Beim Dienstvertrag ist das Maß der zu leistenden Dienste abgemessen, beim Werkvertrag findet das Quantum der aufzuwendenden Arbeit keine Berücksichtigung, da es allein auf den Erfolg der Arbeit ankommt.

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal [2]) dieser beiden Vertragsarten wird in dem Moment erblickt, daß jedes Dienstverhältnis mit einem Verhältnis der Abhängigkeit, der Unterordnung seitens des Dienstverpflichteten verbunden sei, während bei einem Werkvertrag von einem Abhängigkeitsverhältnis des Unternehmers nicht die Rede sein könne. Bei einem Dienstvertrag ist — wie wir bereits oben ausgeführt haben —

[1]) „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein." (§ 631).

[2]) Niezler, Der Werkvertrag § 9. Cesana, Terminologie des Arbeitsvertrages III.

stets eine Abhängigkeit des Dienstverpflichteten vorhanden, aber wir haben gesehen, daß diese Abhängigkeit unter Umständen recht gering sein kann, z. B. beim Advokaten oder Arzt. Haben sich dagegen die Parteien bei einem Werkvertrag über das anzufertigende Werk geeinigt, so ist es einzig und allein die Verpflichtung des Unternehmers, den gewünschten Erfolg herbeizuführen. In welcher Weise er dies tut, liegt in seiner Hand und er ist nicht abhängig von etwaigen später gemachten Vorschriften des Bestellers. Es verpflichtet sich z. B. ein Maler ein Gemälde anzufertigen. Haben sich die Parteien darüber geeinigt, ob das Bild in Oel oder in Aquarell ausgeführt werden soll, welche Größe es haben soll usw., so ist der Maler in der Art und Weise, wie er den gewünschten Erfolg herbeiführt, vollständig unabhängig von dem Besteller, und er ist nicht verpflichtet, eventuellen Vorschriften des Bestellers in dieser Richtung Folge zu leisten und im wesentlichen ist es auch seinem Ermessen überlassen, wann er seine Arbeit ausführen will.

Cosack[1]) behauptet, daß der Werkvertrag „auch für solche Arbeiten, die nicht blos im Interesse des Bestellers, sondern zugleich im Interesse des Unternehmers liegen“ gelte. Er meint, daß der Dienstvertrag dagegen allein im Interesse des Dienstberechtigten abgeschlossen sei und sieht darin ein Unterscheidungsmerkmal der beiden Vertragsarten.

---

[1]) Cosack, Lehrbuch, S. 530.

Dies ist wohl nicht als zutreffend zu bezeichnen. Der Dienstvertrag ist ein contractus bilateralis, beide Parteien sind verpflichtet. Der Diensverpflichtete hat Anspruch auf das Entgelt für seine geleisteten Dienste. Daraus ist zu schließen, daß dem Dienstverpflichteten unmöglich ein Interesse an dem Vertrag abgesprochen werden kann. Ob die Vergütung als Zeitlohn oder Stücklohn gezahlt wird, kann für eine Entscheidung, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, nicht in Frage kommen. Denn beim Dienstvertrag kann Vergütung sowohl als Zeitlohn als auch als Stücklohn entrichtet werden. Auf diese Frage kommen wir später noch einmal zurück.

§ 4.

Wir haben das Verhältnis des Dienstvertrages zu den verwandten Verträgen einer Erörterung unterzogen und können jetzt auf den Tatbestand des Dienstvertrages näher eingehen. § 611 B. G. B. lautet:

„Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein".

Mit der Bestimmung des 2. Absatzes „Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein", hat das B. G. B. die große Streitfrage des Gemeinen Rechts erledigen wollen, das zwischen operae liberales und operae illiberales unterschied. Letztere konnten nur Gegenstand der locatio, conductio operarum sein,

während das Versprechen von operae liberales von der herrschenden Meinung [1]) als Mandat aufgefaßt wurde.

Die Neuerung des B. G. B. ist aber von mancher Seite angefeindet. So besonders von Loewenfeld [2]), der in der gleichen Behandlung von operae liberales et illiberales eine Herabwürdigung der freien Arbeit sieht.

Die Motive [3]) führen aus, daß im Hinblick auf die heutigen sozialen Verhältnisse jene Unterscheidung des römischen Rechts keine Beachtung mehr verdiene. Selbst in formeller Beziehung zwischen den operae liberales et illiberales zu unterscheiden, hat der Entwurf vermieden, da dies als der modernen Rechtsauffassung entschieden widerstreitend schlechthin ab-

---

[1]) Dernburg, Pand. II, § 115; Loewenfeld, Über Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag S. 884. Brinz, Pand. II, Auflage 2, § 334

[2]) Loewenfeld a. a. O. Desgl. Lotmar, in Braun, Archiv VIII S. 17, wo er schreibt: „Wer dagegen in Ausübung seines liberalen Berufes einem anderen eine Leistung macht oder zusagt, der tut dies nicht des eigenen Erwerbs wegen, sondern dem Anderen zum Wohle, um ihn zu stärken, zu trösten, zu heilen etc. und das Honorar, das er empfängt oder sich zusagen läßt, soll ihm nur die Fähigheit zu solcher Berufsübung erhalten, wird daher dem nämlichen Zweck wie diese gewidmet. Der Vertrag kann darum nicht Tausch- oder Erwerbsgeschäft sein". Nach Lotmar's weiteren Ausführungen sind unter Werkvertrag zweierlei Tatbestände zusammenzafassen, die zwar das gleiche Äußere — nämlich Gewährung von Arbeit nebst Gewährung einer Vergütung — hatten, aber innerlich eine Trennung verlangten". Ob diese ideale Auffassung des Honorars als die herrschende aufzufassen ist, gilt zum mindesten als recht zweifelhaft.

[3]) Motive II. S. 450.

gelehnt werden müßte. Loewenfeld bemüht sich nachzuweisen, daß die moderne Rechtsauffassung sich in keiner Weise geändert habe und stellt als den sozialen Anschauungen nicht entsprechend hin, daß die Berufsleistungen der Ärzte, Anwälte, Geistlichen u. s. w. der Dienstmiete unterstellt werden.

Die herrschende Meinung hat aber mit Freude begrüßt, daß durch das B. G. B. diese Streitfrage des Gemeinen Rechts entschieden ist. Denn es ist nur zweckmäßig und entspricht auch der herrschenden Auffassung, daß diese Trennung von operae liberales et illiberales aufgegeben und eine einheitliche Behandlung der Leistung von Diensten geschaffen ist.

Daß aber tatsächlich ein Unterschied besteht, wird auch vom B. G. B. nicht geleugnet und dadurch zum Ausdruck gebracht, daß in den §§ 622, 627 B. G. B. von Diensten „höherer Art" gesprochen wird und besondere Regeln für die Kündigung festgesetzt sind. Was das Gesetz unter Diensten höherer Art versteht, ist nicht genau bestimmt und muß dies der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen bleiben. Die Protokolle[1]) sagen, daß „das Maß der Vorbildung und die gesellschaftliche Stellung Anhaltspunkte für die Beurteilung gewähren und die Anführung der wichtigsten Beispiele die Auslegung des Gesetzes erleichtern werden". Diese Anführungen der wichtigsten Beispiele finden wir im § 622 B. G. B., in dem von Lehrern, Erziehern, Privatbeamten, Gesellschafterinnen die Rede ist. § 627

[1]) Protocolle II, S. 299.

B. G. B. hebt dann noch Dienste höherer Art vor, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Bei der Beurteilung dieser Fälle kann wohl weniger „das Maß der Vorbildung und die gesellschaftliche Stellung“ der Beteiligten irgend welche Anhaltspunkte geben, sondern hier muß die Verkehrsanschauung entscheiden. Dies bringt das Gesetz selbst zum Ausdruck und spricht von Diensten höherer Art die auf Grund bestimmten Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Wir sehen, daß das Gesetz bei den Dienstverträgen, wo es sich um Dienste „höherer Art“ handelt, durch Sondervorschriften der besonderen Natur dieser Verträge Rechnung getragen hat. Dies ist außerdem noch bei solchen Dienstverträgen der Fall, bei denen der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist. §§ 617, 618 [2] B. G. B. [1])

---

[1]) § 617: „Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem

Die eine Partei verspricht Leistung von Diensten, und zwar, wie wir gesehen haben, können es Dienste jeder Art sein. Die andere Partei verpflichtet sich dagegen die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Diese Entgeltlichkeit ist ein unbedingtes Erfordernis des Dienstvertrages. Denn würde eine Vergütung nicht zu zahlen sein, so würden, wie wir bereits oben gezeigt haben, nicht die Vorschriften des Dienstvertrages, sondern die des Auftrags Anwendung finden. Es ist nicht erforderlich, daß diese Vergütung ausdrücklich vereinbart ist. Denn sie gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. § 612 [1]) Auf die wirkliche Erwartung kommt es nicht an. Wer

---

Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

§ 618, Abs. 2: „Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind."

[1]) „Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen."

Dienste leistet, in der Erwartung, eine Vergütung zu erlangen, aber die Umstände verkennt und keine Vergütung vereinbart, kann keinen Anspruch auf Vergütung geltend machen, z. B. ein erwachsener Sohn widmet seine Arbeitskraft seinen Eltern, obwohl er in der Lage wäre ein selbständiges Erwerbsgeschäft zu betreiben.

Fragen wir nun, worin die Vergütung bestehen kann, so antworten uns die Motive [1]), daß im Einklange mit dem code civil und schweiz. Bundes-Gesetz eine Bestimmung darüber, worin die Vergütung bestehen kann, nicht aufgenommen ist. Diese Vergütung muß jedoch, wie Lotmar[2]) nachweist, einen Vermögenwert haben. Er folgert dies z. B. aus § 612 B. G. B. [3]), wo von einer „Höhe" der Vergütung und einer „Taxe" der Vergütung gesprochen wird. Ferner lesen wir § 615 B. G. B.: „Der Dienstberechtigte muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart usw." Wenn also, schießt Lotmar, die Vergütung nicht selbst einen „Wert" darstellt, so würde es unausführbar sein, daß ein gewisser Wert darauf angerechnet würde.

Ebenso, wie das Gesetz der Art der Vergütung einen großen Spielraum gegönnt hat, ist dies auch hinsichtlich der Höhe der Vergütung geschehen. Ist eine solche nicht von den Parteien bestimmt, so ist laut § 612[2] bei Bestehen einer Taxe die taxmäßige

[1]) Motive II, S. 460.

[2]) Lotmar in Braun Arch. VIII, S. 60.

[3]) § 612: Text s. Seite 30.

Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Eine Form, in der die zu leistenden Dienste und die Vergütung versprochen werden, ist vom B. G. B. nicht vorgeschrieben, da es den Grundsatz der Formfreiheit[1]) vertritt. Für die persönliche Fähigkeit, Dienstverträge abzuschließen, gelten zunächst die allgemeinen Vorschriften, d. h. es ist beiderseitige Verpflichtungsfähigkeit Voraussetzung, da beide Teile Verpflichtungen übernehmen. Außerdem kommen noch §§ 113, 1358 B. G. B. in Betracht. Der erstere Paragraph handelt von der Ermächtigung für Minderjährige durch ihren gesetzlichen Vertreter, in Dienstarbeit zu treten. § 1358 gibt Sondervorschriften, wenn eine Ehefrau sich Dritten gegenüber verpflichtet zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung.

§ 5.

Es ist hiermit festgestellt, was Tatbestand eines Dienstvertrages ist. Welche Rechte und Verpflichtungen werden nun durch einen Dienstvertrag für die Vertragsgegner begründet?

Die allgemeinen Grundsätze, die für die Schuldverhältnisse gelten, und da der Dienstvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, vor allem die §§ 320 ff. finden

[1]) Dieser Grundsatz ist zu folgern aus § 125 B. G. B., der lautet: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge".

natürlich entsprechende Anwendung, soweit sie nicht durch ausdrückliche Bestimmung abgeändert sind. So haben Parteien auf Grund des § 276 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Der Schuldner hat nach § 242 B. G. B. die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Die Hauptverpflichtung des Dienstverpflichteten ist natürlich, die versprochenen Dienste zu leisten. Das B. G. B. hat abweichend von anderen modernen Gesetzgebungen nicht die Regel aufgenommen, daß der Dienstverpflichtete, selbst wenn sich aus den Umständen oder der Verabredung etwas anderes ergibt, die Dienste in Person zu leisten hat. Es hat es vielmehr für richtiger gehalten [1]), sich in dieser Beziehung jeder Bestimmung zu enthalten und hat im § 613 bestimmt, daß der Dienstverpflichtete „im Zweifel" die Dienste in Person zu leisten habe. So ist, wie die Motive hervorheben, dem Richter freie Hand gelassen, den einzelnen Fall zu würdigen. Als selbstverständlich sieht das Gesetz an, daß derjenige, der Dienste verspricht, wozu eine gewisse Sachkunde erforderlich ist, auch diese Sachkunde besitzt; diesbezügliche Bestimmungen fehlen daher. Desgleichen enthält sich das B. G. B. irgend welcher Bestimmungen, wer von den Parteien die zur Leistung erforderlichen Gerätschaften oder dergl. zu stellen hat, da [2]) diese teils

---

[1]) Motive II, S. 457.

[2]) Motive II, S. 459.

wegen Selbstverständlichkeit, teils im Hinblick auf die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der in betracht kommenden Fälle entbehrlich seien. Planck[1]) erblickt in einer solchen Verpflichtung, Gerätschaften oder dergl. zu stellen, eine Nebenverpflichtung, die ausdrücklich oder stillschweigend auferlegt werden kann.

In Gegensatz zu dem § 320 B. G. B. ist der Dienstverpflichtete verpflichtet, vorzuleisten. § 614 B. G. B.[2]) Wie schon aus § 271 Abs. 2[3]) B. G. B. folgt, ist es selbstverständlich, daß der Dienstberechtigte die Vergütung schon entrichten kann, ehe die Dienste geleistet sind. Dies kommt tatsächlich sehr häufig vor. Man braucht nur an die Fälle zu denken, wo die Vergütung der geleisteten Dienste ganz oder zum Teil in Naturalleistungen z. B. bei Dienstmägden besteht.

Lotmar[4]) sieht in der Pflicht des Dienstverpflichteten, vorzuleisten, eine große Benachteiligung der dienenden Volksklassen. Er beruft sich auf die Ausführungen von Marx, der behauptet, daß in allen Ländern kapitalistischer Produktionsweise der Arbeiter dem Kapitalisten kreditiere. Lotmar verlangt, daß der

[1]) Planck, B. G. B., § 611, Nr. 3 a.

[2]) § 614: „Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten".

[3]) § 271 Abs. 2: „Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann".

[4]) Lotmar, Braun, Arch. VIII, S. 29.

Dienstberechtigte in irgend einer Weise Sicherheit leisten muß, um einer ev. Schädigung der Dienstverpflichteten vorzubeugen. Nach unserem Ermessen macht § 61 K. O. jede derartige Vorschrift überflüssig, da durch die Bestimmung dieses Paragraphen die ev. rückständigen Beträge aus Dienstverhältnissen hinreichend geschützt sind.

Die Hauptverpflichtung des Dienstberechtigten besteht in der Pflicht, die vereinbarte Vergütung für die geleisteten Dienste zu zahlen. Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar. (§ 613 B.G.B.)

Wie wir bereits erwähnt haben, hat das Gesetz über die Art der Vergütung keine Bestimmungen erlassen. Auch für die Art der Bemessung der Vergütung ist den Parteivereinbarungen ein weiter Spielraum gelassen. Man kann sie nach Zeitabschnitten oder nach dem Erfolg des geleisteten Arbeitsquantums bemessen und unterscheidet so zwischen Zeit und Stücklohn. Ferner kennt das Gesetz Dienstverhältnisse mit festen Bezügen (§§ 622, 627), woraus dann auf Dienstverhältnisse ohne feste, d. h. schwankenden Bezügen zu schließen ist.

Crome[1]) weist nach, daß die Vergütung auch in der Gewährung von Gewinnanteil am Resultat bestehen kann. Das Gesetz spräche nur „von vereinbarter Vergütung". Diese absichtliche Unbestimmtheit rechtfertige seine Behauptung. Es sei natürlich möglich, daß die ganze Vergütung oder nur ein Teil

[1]) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte, S. 142, 143.

derselben in der Anteilsgewährung am Arbeitsprodukt bestehen könne.

Nach der Ansicht Crome's kann es aber nicht die Absicht der Parteien sein, daß der Dienstverpflichtete durch diese Anteilsgewährung für den Fall, daß ein Gewinn nicht erzielt würde, auf jene Vergütung verzichte. Vielmehr könne der Arbeiter auf Grund des §612 die übliche Vergütung verlangen. So kommt Crome zu dem überzeugenden Resultat, daß eine derartige partiarische Lohnabrede wohl zulässig, aber stets unter einer meistens stillschweigenden Bedingung vereinbart werde, d. h. unter der Bedingung, daß der Gewinnanteil nicht geringer als die übliche Vergütung ist.

Ebenso wie dem Dienstverpflichteten können auch dem Dienstberechtigten noch andere Verpflichtungen ausdrücklich oder stillschweigend auferlegt werden. Bestimmte dieser Verpflichtungen regelt das Gesetz ausdrücklich in den §§ 617, 618[1]). § 618 Abs, 1

[1]) § 617: „Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden.

kommt für alle Dienstverträge in Betracht und es ist nicht erforderlich, daß sie dauernde Dienstverhältnisse sind, und daß die Dienstverpflichteten in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen sind. Dagegen findet § 617 nur Anwendung, wenn der Dienstverpflichtete in einem dauernden Dienstverhältnis steht und in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist und das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten

---

Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbei geführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist".

§ 618: „Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit, diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadenersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der § 842 bis 846 entsprechende Anwendung".

vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Voraussetzung des § 618 Abs. 2 und 3 ist dagegen Aufnahme des Verpflichteten in die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten.

Welche Wichtigkeit der Gesetzgeber diesen Bestimmungen der beiden §§ 617, 618 zumißt, bringt § 619 zum Ausdruck, wodurch eventuelle Beschränkungen oder Aufhebungen der durch §§ 617, 618 geschaffenen Verpflichtungen für nichtig erklärt werden.

Die §§ 615, 616 stellen Vorschriften für eine Verhinderung des Dienstberechtigten oder Dienstverpflichteten auf, die versprochenen Dienste nicht annehmen bezw. nicht leisten zu können. Nach § 615 kann der Dienstverpflichtete, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt, für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Diese Vorschriften geben dem Dienstberechtigten weitgehendere Rechte, als ihm §§ 300, 304, die die grundsätzlichen Folgen des Annahmeverzuges regeln, zugestehen. Dadurch, daß der Dienstverpflichtete zur Dienstleistung im Stande ist und sich bereit erklärt hat, ist seine Vorleistungspflicht erfüllt und der Dienstberechtigte, der auf Erfüllung klagen würde, wird mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zurückgewiesen.

Der Dienstverpflichtete muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch ander-

weitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Lotmar[1]) wirft hier dem B.G.B. eine zu genaue Kalkulation zu Gunsten des Dienstberechtigten vor und hält es vor allem für ungerecht, daß der Dienstverpflichtete gezwungen sein soll, sich nach anderer Arbeit umzusehen. Seine Arbeit war dann kein Verdienst für ihn, sondern eine Verminderung der Kosten seines Herrn, Kosten, an deren Dasein der Arbeiter unschuldig sei.

Dem wäre entgegen zu halten, daß der Dienstberechtigte unter Umständen an der Nichtannahme der Dienste unschuldig sein und so ohne irgend ein Verschulden großen Schaden erleiden kann. So entspricht es nur der Billigkeit, daß der Dienstberechtigte soweit von seiner Verbindlichkeit befreit wird, als der Dienstverpflichtete anderweit Beschäftigung und Vergütung erhält. Vorausgesetzt, daß der Dienstverpflichtete nicht böswillig unterläßt, anderweit Beschäftigung zu finden, entgeht ihm die versprochene Vergütung auf keinen Fall, einerlei, ob er andere Dienste findet oder nicht. Abgesehen von dieser günstigen Lage ist ferner nicht zu übersehen, daß die Stellung des Dienstverpflichteten durch die Ausnahmebestimmung des § 615, Satz 1, schon eine bevorzugte ist.

Trifft für beide Teile zufällige Unmöglichkeit der Dienstleistung ein, so tritt natürlich auf Grund des allgemeinen Grundsatzes beiderseitige Befreiung ein.

---

[1]) Lotmar in Braun Archiv VIII, S. 30, 31.

Tritt diese Unmöglichkeit ein, wenn schon Dienste geleistet sind, so sind diese entsprechend zu vergüten.

Der § 616 [1]) weicht von den allgemeinen Grundsätzen [2]) sehr zu Gunsten des Dienstverpflichteten ab. Nach allgemeinen Grundsätzen würde der Dienstberechtigte von der Gegenleistung befreit werden, aber hier bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bei zeitweiser Verhinderung des Dienstverpflichteten bestehen. Voraussetzung ist, daß die Verhinderung ohne sein Verschulden entstanden ist und nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit anhält, z. B. die Verpflichtung als Zeuge zu erscheinen oder dergl. Eine Einschränkung ist im § 616, Satz 2, zu sehen, wonach sich der Dienstverpflichtete den Betrag anrechnen lassen muß, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Ver-

[1]) „Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt." (§ 616).

[2]) § 323, Abs. 1: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473."

pflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt [1]).

Auch diese Bestimmung verwirft Lotmar [2]) und sagt, daß sie vorzüglich darum anfechtbar sei, weil das dem Arbeiter aus der gesetzlichen Krankenversicherung gereichte Krankengeld zum Teil durch seine eigenen Beiträge zustande gekommen ist. Es unter diesen Umständen vom Lohn, der ihm belassen wird, ganz in Abzug zu bringen, sei das Gegenteil von Generosität.

Unseres Erachtens ist diese Bestimmung durchaus gerecht und billig. Es wäre eine große Ungerechtigkeit, den Arbeitgebern, die bei der Krankenversicherung $^1/_3$ der Beiträge und bei Unfallversicherungen sogar die ganzen Beiträge bezahlen, bei eventuellen Krankheits- oder Unfallsfällen neben dem Verlust der versprochenen Dienste, auch noch die Verpflichtung aufzubürden, den am Dienste Verhinderten den vollen Lohn weiterzuzahlen, obwohl dieser aus einer Kasse Entschädigung erhält. Dies hieße ja geradezu eine Prämie für eine Krankheit bezw. für einen Unfall aussetzen! Unseres Erachtens würden dann die Streitigkeiten zwischen Dienstverpflichteten und Berechtigten darüber kein Ende nehmen, ob der Dienstverpflichtete tatsächlich erkrankt sei oder simuliere.

---

[1]) Anders beim Handlungsgehülfen nach § 63 [2] H. G. B. Hiernach sind dergleichen Abzüge unzulässig und sogar gegenteilige Vereinbarungen nichtig.

[2]) Lotmar in Braun Arch. VIII S. 35.

Der Dienstberechtigte kann, abgesehen von der Bestimmung des § 616 Satz 2 durch einen plötzlichen Unfall oder durch Krankheit des Dienstverpflichteten in Ungelegenheiten kommen, die ihm event. Schaden zufügen können, während dem Dienstverpflichteten seine vereinbarte Vergütung auf jeden Fall gesichert bleibt.

Die Vorwürfe von Lotmar erscheinen somit ungerechtfertigt.

§ 6.

Nunmehr wären noch die verschiedenen Endigungsgründe des Dienstvertrages einer Betrachtung zu unterziehen. Die Bestimmungen des Gesetzes enthalten meistens nur Dispositivvorschriften und Auslegungsregeln [1]), die durch Parteivereinbarungen ausdrücklich oder stillschweigend abgeändert werden können. Nur § 624 und § 626 enthalten, wie wir unten sehen werden, zwingendes Recht.

Der nächstliegendste und natürlichste Endigungsgrund ist der Ablauf der Zeit, für die das Dienstverhältnis eingegangen ist. Diese an sich selbstverständliche Bestimmung hat das Gesetz in Anlehnung an den Mietvertrag § 564 B. G. B. aufgenommen. Es will damit zum Ausdruck bringen, daß bei einem Dienstvertrag auf bestimmte Zeit eine Kündigung nicht notwendig ist, um das Dienstverhältnis zu beendigen [2]). Es ist nicht notwendig, daß diese Dienstzeit ausdrücklich bestimmt ist. Vielmehr kann sie sich aus dem Zweck

[1]) Planck, B. G. B., II, § 630 [1].

[2]) Motive II, S. 465, 410.

und der Beschaffenheit der Dienste ergeben (§ 620[2]). Nach § 624 ist es für den Dienstverpflichteten unmöglich, sich für eine längere Zeitdauer als $5^1/_2$ Jahre zu verpflichten. Der Dienstverpflichtete kann, da diese Vorschrift zwingendes Recht ist, auf dies Kündigungsrecht nicht verzichten. Die Festsetzung einer solchen Kündigungsfrist ergibt sich aus sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Gründen, die es, wie die Motive [1]) sagen, verbieten, eine über eine gewisse Zeit hinausgehende Fesselung des Dienstverpflichteten zuzulassen. Dienstverträge, die auf eine längere Zeit geschlossen sind, gänzlich für nichtig zu erklären, würde sich nicht rechtfertigen lassen können, da eine solche Bestimmung beiden Parteien zu großem Schaden gereichen könnte. Auf Grund der oben genannten Bedenken hat man daher das Kündigungsrecht des Dienstverpflichteten eingeführt, das so ein dauerndes Abhängigkeitsverhältnis einer Person verhindert. Diese Bestimmung des § 624 gilt für Verträge jeder Art, einerlei, ob es sich um Dienste höherer oder niederer Art handelt, ob Zeit oder Stücklohn vereinbart ist und ob feste Bezüge verabredet sind oder nicht.

Ist eine Dauer des Dienstverhältnisses nicht vereinbart, so findet es seine Beendigung durch Kündigung. Das Gesetz unterscheidet, ob die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist oder nicht. Im ersteren Fall setzt es im § 621 [2]) gesetzliche Kündigungsfristen

[1]) Motive II, S. 466.

[2]) § 621: „Ist die Vergütung nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

fest, die sich nach der Vergütung richten. Eine Ausnahme hiervon macht § 622. Hier handelt es sich um Dienste höherer Art. Voraussetzung dieses Paragraphen ist, daß die Dienste die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen und daß feste Bezüge verabredet sind, d. h. ein dauerndes Dienstverhältnis wird nicht verlangt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kommt es im Gegensatz zu § 621 nicht darauf an, wann die Vergütung gezahlt wird, und die Kündigung kann nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Wochen und nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres erfolgen.

Ist die Vergütung dagegen nicht nach Zeitabschnitten bemessen — handelt es sich also um Stücklohn — so kann grundsätzlich das Dienstverhältnis jeder Zeit gekündigt werden. Wird die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten jedoch vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen, so wird eine Kündigungsfrist von 14 Tagen verlangt (§ 623).

Ist die Vergütung nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zulässig."

Bisher handelte es sich um Kündigung mit Einhaltung einer Kündigungsfrist. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt jedoch eine Auflösung des Dienstverhältnisses durch Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.

§ 626 lautet: „Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt."

Das Gesetz begnügt sich mit der allgemeinen Bestimmung „wichtiger Grund" und überläßt es dem richterlichen Ermessen zu entscheiden, welche Gründe als wichtige Gründe anzusehen sind, da man nicht nur eine erschöpfende Aufstellung der einzelnen Gründe, sondern schon die Hervorhebung einiger wichtiger Beispiele für unausführbar hält.

Diese allgemeine Fassung des Gesetzes tadelt Lotmar[1]) und wirft die Frage auf, ob nicht das Bürgerliche Gesetzbuch ebenso wie z. B. das Handelsgesetzbuch in §§ 71, 72 einige Tatsachen, die als wichtiger Grund für eine sofortige Kündigung in Frage kommen, hätte aufführen können. Dem ist zu erwidern, daß das Handelsgesetzbuch nur Vorschriften für eine ganz bestimmte Kategorie von Dienstverträgen enthält, Dienstverträge, die in der Hauptsache, wenn auch nicht den gleichen, so doch einen ähnlichen Inhalt haben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch soll dagegen nicht Dienstverträge eines besonderen Standes der menschlichen Gesellschaft, des Kaufmannsstandes, regeln, sondern es ist dazu berufen, Bestimmungen für jeden

[1]) Lotmar in Braun Archiv VIII, S. 53.

nur denkbaren Dienstvertrag zu enthalten. Da der Inhalt ein sehr verschiedener sein kann, so ist eine allgemeine Fassung des Gesetzes erwünscht, da eine Anführung von Beispielen nur Unklarheit verursachen würde.

Eine Ausnahmestellung inbezug auf die Auflösung eines Dienstvertrages nehmen auch hier wieder Dienste höherer Art ein. Dies müssen Dienste höherer Art sein, die auf Grund eines besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen (§ 627). Hier ist eine Kündigung jederzeit ohne einen wichtigen Grund möglich. Diese Sonderbestimmung ist dadurch begründet, daß der Beweggrund für die Eingehung eines solchen Dienstverhältnisses meist das Vertrauen ist, das der Dienstherr in den Arbeitnehmer setzt. Ist dieses erschüttert, so würden, wenn dies Kündigungsrecht nicht geschaffen wäre, leicht die unerquicklichsten Verhältnisse entstehen können. Voraussetzung dieses Kündigungsrechts ist jedoch, daß kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen vorliegt[1]). Es steht beiden Parteien zu. Für den Dienstverpflichteten wird es im Abs. 2 § 627 B. G. B. jedoch dadurch eingeschränkt, daß er sich dem Dienstberechtigten gegenüber schadensersatzpflichtig macht, wenn er ohne wichtigen Grund zur Unzeit kündigt. Er muß, um dies zu vermeiden,

---

[1]) Es handelt sich hier z. B. um Verträge mit Ärzten, Lehrern etc, Verträge mit einem Leibarzt oder Hofmeister fallen nicht unter diesen § 627, da hier ein dauerndes Dienstverhältnis vorliegt. (Protokolle II, S. 303).

in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann.

Wird auf Grund der §§ 626 oder 627 ein Dienstverhältnis gekündigt hat, so kann der Verpflichtete grundsätzlich einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen (§ 628). Satz 2 dieses Paragraphen beschränkt diesen Anspruch. Kündigt der Verpflichtete, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils dazu veranlaßt zu sein oder veranlasst er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung in so weit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen in Folge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Man war sich zuerst nicht einig, ob unter „vertragswidrigem Verhalten" ein subjektives oder ein objektives Verhalten zu verstehen sei. Die herrschende Meinung [1]) entschied sich für das erstere.

Hat der Verpflichtete die Vergütung für eine spätere Zeit schon im Voraus erhalten, so hat er sie nach Maßgabe des § 347 herauszugeben, hat er den Grund der Kündigung jedoch nicht zu vertreten, so hat er die Vergütung gemäß den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. § 628 Abs. 2 legt demjenigen Teil, der durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung veranlaßt hat, noch ausdrücklich die Verpflichtung auf, den Vertragsgegner

---

[1]) Crome § 260, Anm. 38; Oertmann § 628 7. Planck § 628, 3. 6.

den Schaden zu ersetzen, der durch die Aufhebung des Vertrages entstanden ist.

Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kann ferner ein Ehemann ein Dienstverhältnis kündigen, das seine Ehefrau ohne seine Zustimmung eingegangen ist.[1]). Voraussetzung ist, daß ihm das Vormundschaftsgericht die Ermächtigung dazu erteilt und daß durch die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt werden.

Wir haben bisher gesehen, daß der Dienstvertrag durch Zeitablauf und Kündigung beendigt werden kann. Ein weiterer Endigungsgrund ist die Unmöglichkeit der Leistung. Hier greifen die allgemeinen Grundsätze der §§ 323 ff. Platz. Ferner endigt der Tod einer der beiden Parteien das Dienstverhältnis, da die Dienste laut § 613 im Zweifel nicht übertragbar und im Zweifel in Person zu leisten sind. Eine Sonderbestimmung enthält nach § 22 K. O.[2]), wo vorausgesetzt wird, daß das Dienstverhältnis bereits angetreten ist.

Zum Schluß wäre noch der Anspruch des Dienstberechtigten zu erwähnen nach der Kündigung eines Dienstverhältnisses, die Gewährung einer angemessenen Zeit zu verlangen, um ein anderes Dienstverhältnis aufzusuchen (§ 629). Ferner kann er ein schriftliches

---

[1]) § 1358 B. G. B.

[2]) Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teile gekündigt werden. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche. (§ 22 Abs. 1 K. O.)

Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer fordern (§ 630). Beide Paragraphen setzen ein dauerndes Dienstverhältnis voraus. Sollte ein Dienstverhältnis nach dem Ablauf der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des Dienstberechtigten fortgesetzt werden, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern der Dienstberechtigte nicht unverzüglich widerspricht (§ 625).

Somit hätten wir die Besprechung des Dienstvertrages beendet und können uns jetzt dem zweiten Teil der Aufgabe, „dem entgeltlichen Verwahrungvertrage“ zuwenden.

II. Teil.

§ 7.

Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag.

Suchen wir im römischen Rechte die Grundsätze, die für diesen Vertrag grundlegend gewesen sind, so finden wir sie beim depositum. Die Legaldefinition [1]) lautet: depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Das depositum ist ein Realkontrakt, da die formlose Willensübereinstimmung für das Zustandekommen des Vertrages noch nicht genügte, sondern die Übergabe der aufzubewahrenden Sache hinzukommen mußte. Die Hingabe der Sache geschah also obligandi causa und nicht solvendi causa. Man war im römischen

[1]) l. 1 pr. D. dep. 16,3.

gemeinen Recht nicht einig darüber, ob ein depositum nur für Mobilien oder auch für Immobilien anzunehmen sei. Die letztere Ansicht vertritt z. B. Dernburg[1]). Die herrschende Meinung[2]) beschränkte das depositum dagegen auf Mobilien, da man eine unbewegliche Sache wohl bewachen, ihr aber nicht zum Zwecke des Bewachtseins einen Raum gewähren könne. Für die übernommene Bewachung und Beaufsichtigung einer unbeweglichen Sache kommen die Vorschriften des Mandats zur Anwendung[3]).

Das depositum ist ein contractus bilateralis inaequalis, d. h. es ist ein zweiseitiger Vertrag, der für den Depositar stets, für den Deponenten aber nicht unbedingt eine Verpflichtung erzeugt.

Die Hauptverpflichtung des Depositars besteht darin, die übergebene Sache in der vereinbarten bezw. üblichen Weise aufzubewahren und sie mit allem Zubehör und etwa getragenen Früchten dem Deponenten wieder zurückzugeben und zwar dann, wenn der Hinterleger es verlangt. Der Depositar haftet für dolus und culpa lata. Dies folgt aus der Natur des Vertragsverhältnisses, das eine Verpflichtung zu einer besonderen Sorgfalt ausschließt. Es wäre unbillig, jemandem, der aus Gefälligkeit und ohne ein eigenes Interesse eine Verbindlichkeit eingeht, weiter als für dolus und culpa lata haften zu lassen.

[1]) Dernburg, Pand. II, § 92.

[2]) Sintenis, Civilrecht II, § 112, Anm. 8, Windscheid, Pand. II, § 377, Anm. 4.

[3]) Baron, Pand. II, § 277, Sintenis, Civilrecht II, § 112.

Eine Verpflichtung des Deponenten ist nur dann begründet, wenn er dem Depositar notwendige Verwendungen, die dieser auf die Sache gemacht hat, ersetzen muß oder, wenn er zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, den die hinterlegte Sache verursacht hat. Der Deponent haftet für dolus und culpa levis.

Das depositum ist streng unentgeltlich. Geschieht die Aufbewahrung einer Sache dagegen entgeltlich, so liegt, falls Geld oder Früchte als Entgelt versprochen sind, Miete andernfalls ein unbenannter Kontrakt vor. Ebenso wie beim Mandat kann aber als Entschädigung für Mühe etc. ein Honorar gezahlt werden.

Das römische gemeine Recht kennt noch zwei besondere Arten des depositum, auf die wir kurz hinweisen wollen. Es ist dies das depositum irregulare und die Sequestration.

Bei dem depositum irregulare werden vertretbare Sachen zur Aufbewahrung übergeben. Es unterscheidet sich von dem gewöhnlichen depositum dadurch, daß der Depositar Eigentümer der hinterlegten Sache wird und sich verpflichtet, nur die gleiche Quantität der gleichen Art und nicht dieselbe Sache zurückzugeben. Außerdem trägt er die Gefahr, wogegen ihm aber auch der Gebrauch der Sache zusteht. Dieser Vertrag ist dem Darlehn sehr ähnlich. Ob Darlehen oder depositum irregulare im einzelnen Falle vorliegt, entscheidet der Umstand, ob die Hingabe der Sachen im Interesse des Empfängers oder des Hingebenden erfolgt ist. Im ersten Fall ist Darlehn, im letzteren Fall depositum anzunehmen. Sequestration liegt dann vor, wenn

Mehrere eine Sache bei einem Dritten deponieren mit der Vereinbarung, sie unter gewissen Umständen wieder zurückzugeben.

Hier geschieht die Überlassung der Sache nicht, um die Sache aufzubewahren, sondern in anderer Absicht.

Als letzte Sonderart des depositum sei noch das depositum miserabile erwähnt. Dieses ist ein depositum, das im Fall einer Gefahr, bei Feuersbrünsten oder dergl. notgedrungen gegeben ist. Ihm ist es eigentümlich, daß derjenige, dem die Sachen übergeben sind, und der dann den Empfang leugnet, auf das Doppelte verurteilt wird.

Es erübrigt sich nach unserer Ansicht noch näher auf das depositum des römischen gemeinen Rechts einzugehen. Unsere Aufgabe handelt von dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag, eine Vertragsart, die das frühere Recht noch nicht gekannt hat, und die erst durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffen ist. Wie wir bereits gesagt haben, sind die Grundsätze des unentgeltlichen depositum auch für den entgeltlichen Verwahrungsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches grundlegend geworden. Da aber infolge der durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffenen Entgeltlichkeit der Charakter dieses Vertrages sich im Vergleich zum römischen gemeinen Recht sehr geändert hat und — wie wir später noch zeigen werden — ein Vertrag ist, der besser zu einer anderen Kategorie von Verträgen gerechnet würde, so wenden wir uns gleich zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 8.

Der 12. Titel des 7. Abschnitts der Schuldverhältnisse des B. G. B. regelt in den §§ 688—700 „die Verwahrung", die nach den Vorschriften des Gesetzes entgeltlich und unentgeltlich sein kann. Den unentgeltlichen Verwahrungsvertrag lassen wir, da er für uns nicht in Frage kommt, bei Seite und beschäftigen uns mit den Vorschriften des entgeltlichen Verwahrungsvertrags. Aus diesem Grunde erübrigt es sich auch auf das Verhältnis des Verwahrungsvertrags zum Auftrag näher einzugehen. Wie wir im 1. Teil unserer Arbeit gesehen haben, besteht das scharfe Unterscheidungsmerkmal des Auftrags von den anderen Vertragsarten in der strengen Unentgeltlichkeit. Diese Tatsache scheidet den Auftrag scharf von dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag. Das Verhältnis zum Dienstvertrag ist nicht hier zu erörtern, sondern bleibt dem 3. Teil unserer Arbeit vorbehalten.

In Übereinstimmung mit dem früheren Recht ist der Verwahrungsvertrag ein Realkontrakt [1]). Dies ist daraus zu ersehen, daß die meisten in Frage kommenden Rechtsnormen die Auslieferung der aufzubewahrenden Sache bereits voraussetzen [2]). Jedoch ist auch die andere Ansicht vertreten. Cosack [3]) behauptet, daß

---

[1]) Eine andere Auffassung hat das schweiz. Obligationenrecht, das für diesen Fall einen Konsensualkontrakt annimmt. (Wettstein, S. 63).

[2]) § 688 spricht von der Verpflichtung, eine bereits übergebene Sache aufzubewahren.

[3]) Cosack, B. G. B. § 154, III.

der Vertragsschluß ebensogut der Übergabe der Sache vorausgehen kann. Die herrschende Meinung sieht aber hierin keinen Verwahrungsvertrag, sondern einen Vorvertrag, ein sogen. pactum de deponendo, der den späteren Deponenten zur Hingabe, den Depositar zur Annahme der zu hinterlegenden Sache verpflichtet.

Desgleichen kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Einklang mit dem gem. Recht nur eine bewegliche Sache Gegenstand des Verwahrungsvertrages sein (§ 688). Handelt es sich um eine unbewegliche Sache, so liegt eine andere Vertragsart, meistens ein Dienstvertrag vor.

Ein Verwahrungsvertrag muß ausschließlich bezw. hauptsächlich das Aufbewahren einer Sache zum Gegenstand haben. Daraus ergibt sich, daß, wenn die Aufbewahrung einer Sache als nebensächliche Verpflichtung, wie z. B. bei der Leihe übernommen ist, kein Verwahrungsvertrag vorliegt.

Ein Nutzungsrecht des Depositars an der hinterlegten Sache ist nicht begründet. Das Gesetz hat dies nicht besonders ausgesprochen. Es hielt dies für selbstverständlich, da das Recht, eine fremde Sache zu benutzen, einer besonderen Begründung bedarf und aus dem Begriff der bloßen Verwahrung nicht folgt [1]). Benutzt der Verwahrer die Sache trotzdem, so haftet er nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. Handelt es sich um Geld, so gibt § 698 die Sonder-

[1]) Motive II, S. 576.

bestimmung, daß der Verwahrer das Geld von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen hat.

Die Aufbewahrungspflicht muß auch besonders übernommen sein. Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Danz[1]) unterwirft die Tatsache einer längeren Erörterung und beweist es an mehreren Beispielen, daß es im Verkehrsleben häufig vorkäme, daß Jemand einem anderen gestatte, Sachen, die dem Letzteren gehören, auf seinen Grund und Boden niederzulegen, ohne die geringste Verpflichtung zu übernehmen, die Sachen aufzubewahren. Hierin sei dann kein Verwahrungsvertrag zu erblicken, sondern ein sogen. unbenannter Vertrag, der eben unter keinen der juristischen Begriffe, die das B. G. B. kennt, zu subsummieren sei. Notwendige Voraussetzung des Verwahrungsvertrages ist also, daß der Depositar sich verpflichtet, die übergebene Sache aufzubewahren.[2]).

§ 9.

Der entgeltliche Verwahrungsvertrag ist ein contractus bilateralis aequalis. Dies hat zur Folge, daß die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. B. G. B. Anwendung finden. Beginnen wir mit den rechtlichen Folgen, die der Verwahrungsvertrag für den Verwahrer hat, so besteht seine Verpflichtung darin, die ihm übergebene Sache aufzubewahren und

[1]) Danz, Iherings Jahrb. 38 S. 476 ff.

[2]) Die gleiche Ansicht vertritt: Reatz, Die gemeinschaftliche Schuld, S. 1125.

später zurückzugeben. Mit dem Begriff „aufbewahren“ verbindet das Gesetz ohne weiteres die Verpflichtung, auf die aufzubewahrende Sache eine gewisse Obhut zu verwenden [1]). Er muß also die Sache nicht nur bei sich liegen lassen, sondern er hat eine positive Tätigkeit vorzunehmen. Dieser Begriff umfaßt ohne weiteres auch die Verpflichtung, die hinterlegte Sache zu erhalten. Handelt es sich z. B. um ein Tier, so genügt es nicht, diesem einen Raum anzuweisen und häufiger am Tage nach ihm zu sehen, sondern man hat dasselbe auch zu füttern. Eine genaue Begrenzung dieser Bewahrungstätigkeit ist nicht zu geben, sondern man wird die Lage eines jeden Falles zu beurteilen haben.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob der Verwahrer verpflichtet sei, die hinterlegte Sache zu versichern. Dies ist jedoch zu verneinen, da die Absicht bei der Versicherung nicht in der Abwendung einer Gefahr besteht, sondern man will nur die Folgen einer event. Gefahr abwenden [2]).

Bei Ausführung seiner Verpflichtung haftet der Verwahrer in Ermangelung besonderer Vorschriften nach den allgemeinen Grundsätzen für jede Fahrlässigkeit.

Auf Grund der Bestimmung des § 691 B. G. B. ist der Verwahrer grundsätzlich nicht berechtigt, die Sache bei einem Dritten zur Verwahrung zu hinter-

[1]) Für das röm.-gem. Recht bestritt dies Windscheid, Pand. II, § 377 Anm. 1 und behauptete, eine Bewahrungstätigkeit des Dispositars könne nicht eo ipso aus dem Depositium gefolgert werden; a. M. z. B. Dernburg § 92.

[2]) Wettstein a. a. O. S. 72.

legen. Ist ihm dies aber gestattet, so vermindert sich seine Haftung und er hat nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Hinterlegt er die Sache bei einem Dritten, trotzdem ihm dies nicht gestattet ist, so greift natürlich die weitergehende Haftung wieder Platz. Zieht der Verwahrer Gehülfen hinzu, so haftet er für diese gemäß § 278 B. G. B. Ferner ist der Verwahrer berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Änderung billigen werde (§ 692). Der Verwahrer ist aber verpflichtet, von dieser Änderung Anzeige zu machen und die Entschließung des Hinterlegers abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Endlich ist der Verwahrer verpflichtet, die hinterlegte Sache mit allen gezogenen Nutzungen herauszugeben. Eine besondere Bestimmung gibt das Gesetz hinsichtlich des Ortes, wo die Rückgabe der Sache zu erfolgen hat. Dies ist der Ort, wo die Sache aufzubewahren ist. Eine Verpflichtung des Verwahrers, die Sache dem Hinterleger zu bringen, besteht nicht, sondern dieser muß sie sich abholen.

Der Hinterleger ist vor allem verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Diese braucht nicht ausdrücklich vereinbart zu sein, sondern sie gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 689). Diese Vergütung ist bei Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten. Ist diese nach Zeit-

abschnitten bemessen, so ist sie nach Beendigung dieser Zeitabschnitte zu zahlen (§ 699). Macht der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so hat der Hinterleger diese zu ersetzen (§ 693). Desgleichen hat er dem Verwahrer den Schaden zu ersetzen, der durch die Beschaffenheit der Sache dem Verwahrer entsteht. Die Verpflichtung entfällt, wenn der Hinterleger beweist, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder gekannt hat, noch hat kennen müssen, oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt hat, oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat (§ 694). Im Gegensatz zum römisch-gemeinen Recht hat der Verwahrer gegenüber dem Anspruch des Hinterlegers auf Rückgabe auf Grund des § 273 B. G. B. für die soeben genannten Ansprüche ein Zurückbehaltungs-, und auf Grund §§ 387 ff. ein Aufrechnungsrecht. Dieses folgt aus den allgemeinen Grundsätzen. Hätte das Gesetz diese nicht zur Anwendung bringen wollen, so hätte der Verwahrungsvertrag irgend welche Bestimmungen hierüber aufweisen müssen.

Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist nur bei Vorhandensein eines fälligen, aus demselben rechtlichen Verhältnis entstandenen Gegenanspruchs, die Geltendmachung der Aufrechnung nur bei Vorhandensein einer gleichartigen, fälligen Forderung möglich.

§ 10.

Der Verwahrungsvertrag wird beendigt durch die Rückgabe der Sache. Diese Rückgabe kann von beiden

Parteien veranlaßt werden. Der Hinterleger kann jederzeit die Rückgabe verlangen, selbst wenn eine Zeit bestimmt ist (§ 695). Endigt die Aufbewahrung vor dem Ablauf der Zeit, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein Anderes ergibt (§ 699 Abs. 2).

Der Verwahrer kann ebenfalls jederzeit auf der Rücknahme der hinterlegten Sache bestehen, vorausgesetzt, daß keine Zeit vereinbart ist. Ist dies der Fall, so kann er die sofortige Rücknahme nur beim Vorhandensein eines wichtigen Grundes verlangen.

Von Unterarten des Verwahrungsvertrages kennt das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum römisch-gem. Recht nur das sogen. depositum irregulare. Hier handelt es sich um die Hingabe von vertretbaren Sachen zu Eigentum des Verwahrers mit der Verpflichtung, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzu gewähren. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind nun 3 Möglichkeiten gegeben. Zunächst kann eine solche Übergabe von Fungibilien erfolgen, ohne daß ausdrücklich oder stillschweigend eine Vereinbarung über den Eigentumsübergang getroffen wird. Dann liegt ein gewöhnlicher Verwahrungsvertrag vor. Ferner können vertretbare Sachen in der Art hinterlegt werden, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen soll. Drittens gibt es noch die Möglichkeit, daß der Hinterleger dem Verwahrer nicht von vornherein das Eigentum überträgt, sondern ihm gestattet, die Sachen

dann, wenn es ihm paßt, zu gebrauchen. Nur in den beiden letzten Fällen liegt ein depositum irregulare vor (§ 700). Auf diese finden grundsätzlich die Vorschriften des Darlehns Anwendung und zwar bei dem letztgenannten Fall von dem Zeitpunkt an, wo der Verwahrer sich die Sachen aneignet. Wichtig ist dies z. B. für die Frage der Gefahrtragung.

Doch finden, wie gesagt, die Vorschriften über das Darlehen nur grundsätzliche Anwendung. Denn die Zeit und der Ort der Rückgabe bestimmen sich im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

Ueber die rechtliche Konstruktion des depositum irregulare herrscht Uneinigkeit. Einige [1]) halten das depositum irregulare für einen Darlehnsvertrag. Andere [2]) bestreiten dies und behaupten, daß ein Verwahrungvertrag vorliege. Dieser Ansicht scheinen auch die Gesetzgeber zu sein. Dies ist aus den Protokollen [3]) zu ersehen und vor allem aus der Fassung des Gesetzes zu folgern. Denn das Gesetz sagt nicht im § 700 „es liegt ein Darlehen vor", sondern für diesen Fall finden gewisse Vorschriften des Darlehns Anwendung.

Eine Spezialvorschrift gilt nach Abs. 2 des § 700. Dieser bestimmt, daß bei Hinterlegung von Wertpapieren die Vereinbarung der in Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig sei, wenn sie ausdrücklich getroffen

[1]) z. B. Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 38.

[2]) z. B. Crome, Partiar. Rechtsgesch. S. 465

[3]) Protokolle II, S. 397.

wird. Diese Bestimmung ist im Interesse der Sicherheit des Verkehrs getroffen. Man wollte, vor allem kamen Bankiers in Frage, dem Verwahrer die Berufung auf stillschweigende Gestattung der Aneignung der hinterlegten Papiere abschneiden, die häufig zu Unregelmäßigkeiten Anlaß geboten hatte. Man verlangte deshalb ausdrückliche d. h. besondere sich darauf beziehende Worte, daß der Verwahrer zur Aneignung berechtigt sei [1]).

Besondere Vorschriften kennt das Gesetz noch für die Aufbewahrung von Sachen der Reisenden durch Gastwirte [2]), für die Aufbewahrung von Wertpapieren durch Kaufleute [3]) und für das Lagergeschäft. § 354 H. G. B., der hier Anwendung findet, unterscheidet sich vom Bürgerlichen Gesetzbuch dadurch, daß er den Grundsatz der Entgeltlichkeit aufstellt und eine stillschweigende oder ausdrückliche Verabredung eines Entgelts nicht verlangt. Die einzigen Voraussetzungen sind, daß der Verwahrer ein Kaufmann ist und die Verwahrung in Ausübung seines Handelsgewerbes erfolgt.

Noch näher auf diese Vorschriften der besonderen Arten von Verwahrungsverträgen einzugehen, erübrigt sich nach unserer Ansicht, da für uns allein der entgeltliche Verwahrungsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches in Frage kommt.

---

[1]) Protokolle. S. 396.

[2]) B. G. B. §§ 701 u. ff.

[3]) Dies ist geregelt durch bes. Gesetz vom 5. VII. 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere.

Über diesen glauben wir in dem 2. Teil unserer Arbeit einen Überblick gegeben zu haben und wir wenden uns jetzt zu dem 3. und letzten Teile unserer Arbeit, der in einer Gegenüberstellung des Dienstvertrages und des entgeltlichen Verwahrungsvertrages bestehen und uns zeigen soll, inwiefern sich die beiden Verträge gleichen bezw. unterscheiden.

III. Teil.

Vergleich des Dienstvertrages und des entgeltlichen Verwahrungsvertrages.

Sogleich bei dem ersten Blick, den wir in das Bürgerliche Gesetzbuch werfen, müssen uns der Dienstvertrag und der entgeltliche Verwahrungsvertrag als zwei verschiedene von einander unabhängige Vertragsarten erscheinen. Denn das Gesetz behandelt sie vollständig getrennt in 2 besonderen Titeln. Das Gesetz will auch diese Trennung und wir werden bei näherer Betrachtung und Gegenüberstellung die Unterschiede zwischen beiden Verträgen kennen lernen.

Ehe wir aber in die nähere Erörterung dieser Fragen eingehen, möchten wir vorausschicken, daß es nach unserer Ansicht richtiger gewesen wäre, den entgeltlichen Verwahrungsvertrag als Dienstvertrag zu behandeln, also im Anschluß an das römisch-gemeine Recht nur einen unentgeltlichen Verwahrungsvertrag anzuerkennen. Die Richtigkeit unserer Behauptung

möchten wir nun im folgenden durch Gegenüberstellung beider Verträge zu beweisen suchen.

§ 11.

Ebenso wie im Gemeinen Recht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch der Dienstvertrag ein Konsensualkontrakt, der Verwahrungsvertrag dagegen ein Realkontrakt. Bei dem ersten kommt der Vertrag durch den Konsens beider Parteien zustande, bei dem letzteren entsteht der Vertrag in dem Augenblick, wo die Sache übergeben wird. Man übergibt die Sache obligandi causa und nicht solvendi causa. Eine Form ist für beide Vertragsarten nicht vorgeschrieben, sondern es gilt der Grundsatz der Formfreiheit.

In dem 1. und 2. Teil unserer Arbeit haben wir eingehend ausgeführt, was Gegenstand dieser beiden Verträge ist. Beim Dienstvertrag handelt es sich um Dienste und zwar um Dienste jeder Art. Bei dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag dagegen um die Aufbewahrung einer übergebenen Sache und zwar muß der Verwahrungsvertrag ausschließlich bezw. hauptsächlich das A u f b e w a h r e n einer Sache zum Gegenstand haben.

Was unter Dienste zu verstehen ist, bedarf hier keiner weiteren Erörterung mehr. Desgleichen erübrigt es sich auf die Verpflichtung, eine Sache aufzubewahren, näher einzugehen.

Worin besteht nun aber der Unterschied dieser beiden Verpflichtungen?

Der Hinterleger verlangt von dem Verwahrer eine Arbeit [1]), eine positive Leistung, den sorgfältigen Schutz der übernommenen Sache durch alle zweckentsprechenden Vorkehrungen [2]), eine bestimmte Tätigkeit [3]) und verspricht hierfür sein Entgelt zu entrichten. Beim Dienstvertrag verspricht der Dienstberechtigte sein Entgelt für die geleisteten Dienste zu zahlen. Es kann wohl nicht bestritten werden, daß diese Dienste auch „eine Arbeit", „eine positive Leistung", „eine bestimmte Tätigkeit" zu nennen sind. Schließe ich z. B. mit einem Pferdeknecht einen Dienstvertrag ab und übergebe ihm 2 Pferde, so besteht seine Verpflichtung darin, die Pferde zu füttern, zu warten, zu bewegen usw. Schließe ich mit einem Dritten einen entgeltlichen Verwahrungsvertrag des Inhalts ab, daß er zwei Pferde für mich „aufbewahren" soll, so besteht seine Verpflichtung in genau derselben Tätigkeit, wie im ersten Fall.

Bei beiden Verträgen verspricht die eine Partei, ein und dieselbe Tätigkeit auszuüben, die andere Partei verpflichtet sich ein bestimmtes Entgelt dafür zu entrichten. Und doch heißt dieser Vertrag im ersten Fall ein „Dienstvertrag", im zweiten Fall ein „Verwahrungsvertrag".

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch liegt nun die Abgrenzung des Verwahrungsvertrages vom Dienstvertrage darin, daß die causa dieses Rechtsgeschäfts

[1]) Planck, § 693.

[2]) v. Schey, I, 283.

[3]) Dernburg, B. R. II, § 349.

die Verpflichtung zur Obhut der übergebenen Sache bildet. Handelt es sich bei einem Vertragsverhältnis unter anderem darum, eine übergebene Sache „aufzubewahren", wie z. B. bei der Miete oder Leihe, wird aber in der Hauptsache dieses Vertragsverhältniß von einer anderen causa beherrscht, so liegt kein Verwahrungsvertrag vor. Daß in der Praxis eine derartige Trennung große Schwierigkeiten und Unklarheiten verursachen muß, ist nahe liegend. Denn oft wird es zweifelhaft bezw. gar nicht zu entscheiden sein, welche der übernommenen Verpflichtungen als Hauptverpflichtung anzusehen ist[1]).

Wenn nun aber der Vertrag ausschließlich oder vorwiegend auf Verwahrung gegen Entgelt gerichtet ist, so fragen wir, aus welchem Grunde sind die Gesetzgeber veranlaßt, eine Unterscheidung zwischen dem Dienstvertrag und dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag aufzustellen? Haben sie selbst irgendwo zum Ausdruck gebracht, worin sie den Unterschied der Tatbestände dieser beiden Verträge erblicken?

Die Protokolle der Kommission geben uns keine Antwort. Die Motive[2]) sagen: „Ein Hinterlegungsvertrag liegt nur dann vor, wenn die Aufbewahrung einer hinterlegten Sache ausschließlich oder hauptsächlich den Gegenstand des Vertrages bildet. Ist die vertragsmäßige Verpflichtung zur Aufbewahrung die rechtliche Folge eines dem Verwahrungspflichtigen

[1]) Dies bestätigt u. a. Schollmeyer, S. 37.

[2]) Motive II, S 570.

eingeräumten, das Wesen des Vertrages bestimmenden Rechtes (z. B. bei dem Leihvertrage) oder steht sie im rechtlichen Zusammenhang mit einer anderen Verbindlichkeit, welche der Verwahrungspflichtige übernommen hat und die als Hauptverbindlichkeit den juristischen Charakter des Vertrages bestimmt (wie z. B. bei dem Dienstvertrag oder Werkvertrag), so bleibt die Annahme eines Hinterlegungsvertrages ausgeschlossen. Dies auszusprechen ist entbehrlich und wäre bedenklich, weil es sich um einen allgemeinen rechtswissenschaftlichen der Sanktion durch das Gesetz nicht mehr bedürfenden Grundsatz handelt, welcher durch einen derartigen speziellen Ausdruck nur verdunkelt würde. Daneben kommen aber auch wirkliche Hinterlegungsverträge als einem Hauptvertrage (z. B. Kaufvertrag) hinzugefügte Nebenverträge im Verkehr mannigfach vor".

Hieraus ist nur zu ersehen, daß die verschiedensten Vertragsarten anerkannt werden, wo das Moment „der Aufbewahrung" hinzukommt [1]).

Nach Ansicht der Gesetzgeber ist nicht jeder Vertrag, der eine Verpflichtung zum Aufbewahren enthält, ein Verwahrungsvertrag, sondern es kommt darauf an, daß die Aufbewahrungspflicht hauptsächlich oder ausschließlich übernommen ist.

Diese Betonung der Aufbewahrungspflicht würde eine Handhabe bieten können, den Verwahrungsvertrag von anderen Verträgen zu unterscheiden, dagegen fällt

[1]) Die gleiche Ansicht vertritt Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts I § 185.

der Tatbestand des entgeltlichen Verwahrungsvertrages mit dem des auf Verwahrung gerichteten Dienstvertrages an sich notwendig zusammen.

Auch in der Literatur ist nicht der Versuch gemacht, zwischen beiden Verträgen nach dem besonderen Inhalt der Aufbewahrung zu unterscheiden.

Matthiass[1]) sagt zwar: „Durch die Beschränkung auf die Verwahrung unterscheidet sich der Vertrag vom Auftrag und Dienstvertrag". Eine Anmerkung hierzu verweist aber auf Stammler[2]), woraus zu ersehen ist, daß Matthiass ein Unterscheidungsmerkmal des entgeltlichen Verwahrungsvertrags vom Dienstvertrag auf Verwahrung nicht anerkennt.

Also weder die Gesetzgeber noch die Literatur haben ein charakteristisches Unterscheidungsmerkmal des entgeltlichen Verwahrungsvertrages vom Dienstvertrag aufzustellen vermocht.

Wir glauben bewiesen zu haben, daß die Tätigkeit des Verwahrers ebenso gut in der Leistung von „Diensten" besteht, wie die Tätigkeit eines aus einem Dienstvertrag Verpflichteten. Bei beiden Verträgen handelt es sich um Besorgung fremder Geschäfte, bei beiden Verträgen wird für die Tätigkeit des Verwahrers bezw. des Dienstverpflichteten ein Entgelt gezahlt. Beide Verträge beruhen auf Vor- und Nachleistung, die den einen Teil zu einer Tätigkeit, den anderen zur Entrichtung einer Vergütung verpflichten.

[1]) Matthiass, I, S. 126.

[2]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allg. Lehren, S. 237, Note 4.

Die vom Bürgerlichen Gesetzbuch getroffene Regelung des „entgeltlichen Verwahrungsvertrages“ erscheint uns daher unzweckmäßig. Wir würden es für angebrachter halten, wenn dieser Vertrag wie ein Dienstvertrag behandelt worden wäre. Unterstützt wird unsere Behauptung noch durch das Bestreben des Bürgerlichen Gesetzbuches, durch den Ausdruck „Dienste jeder Art“ im § 611 Abs. 2 unter den Dienstvertrag möglichst viele Tatbestände zusammenzufassen, ein Bestreben, das im Hinblick auf die Übersichtlichkeit und Klarheit des Gesetzes sehr zu begrüßen ist.

Die Forderung Endemanns [1]), einen allgemeinen Arbeitsvertrag anstatt des Dienstvertrags, Werkvertrags, Mäklervertrags, entgeltlichen Verwahrungsvertrags usw. zu formulieren, lassen wir als zu weit gehend außer Betracht. Nach unserer Meinung würde es sehr schwer sein, für diesen „Arbeitsvertrag“ Vorschriften zu schaffen, die scharf und klar den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen könnten. Übrigens verzichtet Endemann selbst darauf, „formulierte Sätze vorzuschlagen, da dies zur Zeit noch nicht beifallen könne. [2])

Nach Cosack [3]) ist der entgeltliche Verwahrungsvertrag eine Art des Dienstvertrags, „doch ist er mit Rücksicht auf die Eigenart des vom Verwahrer über-

---

[1]) Endemann, Die Arbeit im Privatrecht.

[2]) Endemann a. a. O. S. 90.

[3]) Cosack, Lehrbuch § 154, 1c.

nommenen Dienstes eigentümlich geregelt". Wir erinnern an das oben angeführte Beispiel und fragen, in welcher Beziehung ist der vom Verwahrer übernommene Dienst „eigenartig" im Vergleich zu dem übernommenen Dienst des Dienstverpflichteten zu nennen. Das Eigenartige bei diesem Verwahrungsvertrage ist vielleicht in der besonderen Betonung der Verwahrungspflicht zu finden. Aber hat der Pferdeknecht nicht auch die Verpflichtung, die Pferde zu „verwahren". Der Herr kann unmöglich stets bei den Pferden bleiben. Der Pferdeknecht ist aber nicht nur während des Tages bei den Pferden, sondern er pflegt auch während der Nacht in der Nähe des Pferdestalles zu schlafen, um eben die Pferde zu „verwahren". Freilich stellt im ersten Fall der Verwahrer dem Hinterleger einen Raum „für die aufzubewahrende Sache" zur Verfügung, während dies im 2. Fall nicht zutrifft. Diese Tatsache als Unterscheidungsmerkmal der beiden Verträge aufzustellen, ist wohl nicht angängig, da auch ein Dienstvertrag sehr gut denkbar ist, wo der Dienstverpflichtete z. B. für Gerätschaften, die ihm der Dienstberechtigte übergeben hat, einen Raum zur Verfügung stellt, zugleich mit der Verpflichtung, die Sachen dort während der Nacht aufzubewahren.

Wenn nun — um auf das erstere Beispiel zurückzukommen, — diese Verwahrungspflicht beim Verwahrungsvertrag besonders betont wird, so erscheint uns deshalb bei dem Dienstvertrag sie nicht minder groß zu sein. Die Eigenart des vom Verwahrer übernommenen Dienstes, die nach Cosack's Ansicht den

entgeltlichen Verwahrungsvertrag vom Dienstvertrag scheidet, können wir daher nicht anerkennen.

§ 12.

Stellen wir einen Vergleich des wirtschaftlichen Zweckes an, so kommen wir zu dem Resultat, daß die Bedeutung des Dienstvertrages im wirtschaftlichen Leben aller Völker eine bedeutend größere ist, als die eines Verwahrungsvertrages. Man kann hinsehen, wo man will, überall werden Dienstverträge abgeschlossen. Die Landwirtschaft, die Großindustrie, die kleineren Gewerbe, die Handwerker, ja selbst das Familienleben lassen sich nicht ohne Dienstverträge denken. Überall stellen die Menschen ihre Dienste anderen Menschen gegen Entgelt zur Verfügung und zwar sind es meistens die wirtschaftlich Schwächeren, die den wirtschaftlich Stärkeren ihre Dienste anbieten, ein Umstand, der das früher erörterte Abhängigkeitsverhältnis besonders scharf hervortreten läßt.

Anders liegt es dagegen beim Verwahrungsvertrag [1]). Hier wollen die Menschen eine Sache in einem bestimmten Zustande erhalten, sie wollen nicht, daß die Gebrauchsfähigkeit oder ihr Wert erhöht wird, sondern ihr Interesse beruht einzig und allein auf der Erhaltung der Sache und zwar mit der Besonderheit, den eigenen Gebrauch der Sache sofort wieder erlangen zu können. Warum schließt man solche Verwahrungsverträge ab? Weil man selbst verhindert

[1]) Wir lassen hier die Scheidung von entgeltlichem und unentgeltlichem Verwahrungsvertrag außer Betracht.

ist, die eigene Sache in dem Zustand zu erhalten, der für ihren wirtschaftlichen Zweck unbedingt erforderlich ist. Der Verwahrungsvertrag hat also nur den Zweck, die eigene Sache vor drohendem Schaden zu bewahren.

Es bedarf wohl keines Beweises, daß derartige Verträge eine Ausnahme bilden und im Vergleich zu dem Dienstvertrag nur sehr selten im wirtschaftlichen Leben vorkommen.

Man wird sich nicht ohne weiteres bereit finden, eine Sache für einen Anderen zu verwahren und einen dahingehenden Vertrag abschließen. Eine Sache bei sich aufbewahren, verursacht Unbequemlichkeit. Man übernimmt eine gewisse Verantwortung und hat für die übergebene Sache zu sorgen. Deshalb behaupten einige, daß stets ein besonderer Grund vorläge, der den Anstoß zum Abschluß eines solchen Vertrages bilden müsse, wie z. B. Freundschaft, Verwandtschaft Kundschaft, usw. In dem Abschluß eines Verwahrungvertrages sei daher immer eine Erweisung einer Gefälligkeit zu erblicken.

Verwahrungsverträge zerfallen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in entgeltliche und unentgeltliche. Es ist klar, daß für die unentgeltlichen Verwahrungsverträge ohne weiteres die aufgestellte Behauptung zutrifft, daß sie „aus Gefälligkeit“ abgeschlossen sind. Denn wer sich für übernommene Mühe und Arbeit kein Entgelt versprechen läßt, und einem Anderen eine Last, die diesem eigentlich zufällt, abnimmt, handelt eben diesem „zu Gefallen“.

Wie steht es aber mit dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag? Handelt hier der Verwahrer auch aus Gefälligkeit und nur im Interesse des Verwahrers?

Reatz[1]) behauptet: „Jedenfalls ändert die ausdrückliche oder stillschweigend vereinbarte Vergütung daran nichts, daß der Hinterlegungsvertrag vorzugsweise oder im überwiegenden Interesse des Hinterlegers geschlossen wird."

§ 344 des H. G. B. bestimmt, daß derjenige, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Sachen aufbewahrt, Lagergeld nach dem am Orte üblichen Sätzen fordern kann auch für den Fall, daß eine Verabredung nicht getroffen ist. Nach § 689 B. G. B. ist eine Vergütung als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Eine Vergütung ist „den Umständen nach" zu erwarten, wenn Jemand das Verwahren von Sachen gewerbsmäßig betreibt. Bringe ich einem Freunde oder einem Verwandten eine Sache zum Aufbewahren, so kann dieser „den Umständen nach" nie eine Vergütung verlangen, sondern man nimmt an, daß der Betreffende auf Grund der freundschaftlichen oder verwandtschaftlichen Beziehungen die Sache aus Gefälligkeit ohne Entrichtung einer Vergütung verwahren wird.

[1]) Reatz, Erfüllungsort, S. 540.

So scheint uns, daß das Bürgerliche Gesetzbuch und auch das Handelsgesetzbuch — das letztere kommt gerade im Verkehr im Vergleich zum Bürgerlichen Gesetzbuch sehr häufig in Betracht — einen entgeltlichen Vertrag dann stillschweigend annehmen, wenn der Verwahrer den Abschluß von Verwahrungsverträgen in der Absicht herbeiführt, um daraus für sich eine Erwerbsquelle zu schaffen. Vereinbart Jemand ausdrücklich die Entrichtung einer Vergütung, so liegt es klar auf der Hand, daß er aus diesem Vertragsabschluß einen Vorteil ziehen will.

Schließt also Jemand des Verdienstes oder des Erwerbes halber entgeltliche Verwahrungsverträge ab, so glauben wir, daß sein Interesse an dem Vertrage genau so groß ist, wie dasjenige des Hinterlegers; von einer Gefälligkeit des Verwahrers kann nicht die Rede sein. Die Ansicht von Reatz, daß auch entgeltliche Verwahrungsverträge vorzugsweise oder im überwiegenden Interesse des Hinterlegers abgeschlossen werden, ist nach unserer Meinung also nicht zutreffend.

Wir glauben damit einen weiteren Beweis geliefert zu haben, daß der entgeltliche Verwahrungsvertrag an sich ein Dienstvertrag ist und auch besser als solcher zu behandeln wäre.

Das Interesse an dem Abschluß eines Dienstvertrags und eines entgeltlichen Verwahrungsvertrags ist für beide Parteien dasselbe. Daraus ergibt sich folgerichtig der Grad der Haftung. Bei dem Dienstvertrag fehlt jede Bestimmung, die sich auf die Haftung der Kontrahenten bezieht. Bei dem Verwahrungs-

vertrag finden wir nur in § 690 eine Bestimmung für den unentgeltlichen Verwahrungsvertrag. So folgt, daß der allgemeine Grundsatz des § 276 B. G. B. für beide Verträge Anwendung findet, wonach für Vorsatz und Fahrlässigkeit gehaftet wird. Aus dieser Regelung der Haftung bei entgeltlichem Verwahrungsvertrag ist noch ein Beweis für die Richtigkeit unserer Behauptung zu finden, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der entgeltliche Verwahrungsvertrag im Interesse beider Kontrahenten abgeschlossen ist, und nicht, wie Reatz behauptet, vorwiegend im Interesse des Hinterlegers. Würde das Bürgerliche Gesetzbuch der Ansicht sein, daß der entgeltliche Verwahrer nicht im eigenen Interesse die Obligation übernähme, so würde es ihn nur für grobe Fahrlässigkeit haften lassen, wie dies z. B. in §§ 521, 680 B. G. B. der Fall ist. Eine Ausnahme von dieser Regel wird zwar bei dem Auftrag und der Geschäftsführung ohne Auftrag gemacht. Aber hier erfordert das Interesse des Verkehrs diese Ausnahmebestimmung und ist somit die schärfere Haftung für diese beiden Fälle hinreichend begründet.

§ 13.

Die Verpflichtungen des Dienstverpflichteten und des Verwahrers sind, wie wir oben gezeigt haben, grundsätzlich als dieselben zu bezeichnen. Die gleiche Übereinstimmung finden wir hinsichtlich der Verpflichtungen des Dienstberechtigten und des Hinterlegers. Beide haben die Vergütung nach Leistung der

Dienste bezw. nach Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Diese Bestimmungen finden wir in den §§ 614 und 699 Abs. 1 B. G. B., und zwar mit dem gleichen Wortlaut. Wiederum ein Beweis der Identität beider Vertragstatbestände.

Abs. 2 § 699 faßt den Fall ins Auge, daß ein Verwahrungsvertrag, für den eine Zeit bestimmt ist, vor dem Ablauf dieser Zeit beendigt wird. Tritt dieser Fall ein, so kann der Verwahrer in dubio einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Wann kann der Verwahrungsvertrag vorzeitig gelöst werden? Hier sind zwei Möglichkeiten gegeben. Einmal kann der Hinterleger seine Sache zurückverlangen. Hierzu ist er jederzeit berechtigt. § 695. Es bedarf also die Zurücknahme keiner besonderen Begründung z. B. eines Verschuldens des Verwahrers oder dergl. Die zweite Möglichkeit ist die, daß der Verwahrer die Rücknahme verlangt. Hierzu ist er laut § 696 Abs. 2 nur befugt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Bei dem Dienstvertrag finden wir in dem § 628 eine analoge Bestimmung: „Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 626 oder 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen“. Voraussetzung zu dieser Verpflichtung des Dienstberechtigten, die Vergütung zu zahlen, ist, daß das Dienstverhältnis auf Grund der

§§ 626 oder 627 gekündigt ist. § 626 stellt den Grundsatz auf. Hiernach kann jeder der beiden Vertragsgegner ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Dienstverhältnis lösen. § 627 bestimmt, daß ein wichtiger Grund nicht die Veranlassung der Kündigung zu sein braucht, wenn es sich um Dienste höherer Art handelt, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Beim Vergleich der Voraussetzungen, die bei den genannten Verträgen das Vertragsverhältnis, das für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, vorzeitig lösen können, und einen Anspruch auf Vergütung für bisherige Leistungen begründen, ist ein Unterschied festzustellen. Bei dem Dienstvertrag bedarf grundsätzlich — wir sehen hier von der Ausnahmestellung der Dienste höherer Art ab — jeder der beiden Kontrahenten eines wichtigen Grundes, weshalb er die vorzeitige Auflösung des Vertrages verlangen kann. Anders bei dem Verwahrungsvertrag. Hier kann der Hinterleger ohne weiteres die hinterlegte Sache zurückfordern, während der Verwahrer eines wichtigen Grundes bedarf.

Die Vorschrift, wonach der Hinterleger die hinterlegte Sache zu jeder Zeit zurückfordern kann, selbst wenn eine Zeit bestimmt war, entspricht nach den Ausführungen der Motive[1]) dem Wesen des Hinterlegungsvertrages, den Anforderungen des praktischen Lebens wie dem geltenden Recht. Ob diese Auffassung begründet ist oder nicht, lassen wir vorläufig dahin-

[1]) Motive S. 582.

gestellt, jedenfalls liegt nach unserer Meinung in der Bestimmung des § 695 doch eine Härte, eine Ungerechtigkeit gegenüber dem Verwahrer.

Wie wir gezeigt haben, ist der entgeltliche Verwahrungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein contractus bilateralis aequalis. Er begründet für beide Parteien die gleiche Haftung und erzeugt sofort mit seiner Entstehung Verpflichtungen für beide Parteien. Daher hätte man auch die gleichen Rechte aus diesem Vertrage für beide Kontrahenten entstehen lassen müssen. Eine Bestimmung, daß der Verwahrer die Sache bis zum Ablauf der vereinbarten Zeit behalten darf, falls der Hinterleger keinen wichtigen Grund für seine Kündigung hat, ist namentlich unter Berücksichtigung der Ausführungen der Motive unmöglich. Aber der Verwahrer hätte nach unserem Erachten berechtigt sein müssen, die vereinbarte Vergütung für den vereinbarten Zeitabschnitt zu fordern, auch wenn der Hinterleger die Sache früher zurücknimmt.

Durch die Bestimmung des § 695 ist aber der Charakter eines gegenseitigen Vertrages verwischt.

Was die Übertragung der Verpflichtungen aus den beiden Verträgen für den Dienstverpflichteten und für den Verwahrer anbelangt, so finden sich sowohl bei dem Dienstvertrag (§ 613) als auch bei dem Verwahrungsvertrag (§ 619) die gleichen Bestimmungen. Denn „im Zweifel“ hat der Dienstverpflichtete die Dienste in Person zu leisten und der Verwahrer ist „im Zweifel“ nicht berechtigt, die Sache bei einem Dritten zu verwahren.

§ 613 enthält ferner für den Dienstvertrag die Bestimmung, daß der Anspruch auf die Dienste „im Zweifel“ nicht übertragbar sei. Bei dem Verwahrungsvertrag finden wir diese Vorschrift nicht. Dies erklärt sich daraus, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der entgeltliche Verwahrungsvertrag kein Dienstvertrag, also kein Konsensualkontrakt ist, sondern ein Realkontrakt. Die Verpflichtung zur Leistung von Diensten ist bei dem Dienstvertrag von dem Augenblick an, wo die beiden Kontrahenten sich geeinigt haben, begründet, während bei dem Verwahrungsvertrag eine Verpflichtung zur Leistung von Diensten erst durch die Hingabe der Sache begründet wird. Gebe ich meine Sache also garnicht in Verwahrung, so kann ich auch Ansprüche auf eventuelle Dienste nicht abtreten, da ein Anspruch auf irgend welche Dienste noch garnicht begründet ist.

§ 14.

Wir stellen jetzt die Endigungsgründe eines Dienstvertrags und eines entgeltlichen Verwahrungsvertrages einander gegenüber. Für den letzteren finden nur die §§ 695, 696 Anwendung. Hiernach kann der Hinterleger jederzeit das Vertragsverhältnis lösen, selbst wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist. Das Gleiche gilt für den Verwahrer, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist. Ist aber eine Zeit bestimmt, so darf der Verwahrer die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Der Dienstvertrag endet dagegen durch Zeitablauf oder durch Kündigung. Es erübrigt sich auf die näheren Voraussetzungen der Kündigung, ob sie mit oder ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgt ist usw., einzugehen, da wir diese Fragen bereits im I. Teil unserer Arbeit erörtert haben. Hier kommt es uns lediglich auf die Gegenüberstellung der Endigungsgründe der beiden Vertragsarten an.

Während bei dem Dienstvertrag die beiden Kontrahenten grundsätzlich in gleicher Weise behandelt sind, wie dies bei einem gegenseitigen Vertrag selbstverständlich ist, finden wir eine ungleichmäßige Behandlung bei dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag. Denn hier kann der Hinterleger jederzeit, selbst wenn eine Zeit vereinbart ist, das Vertragsverhältnis durch Rückforderung der Sache lösen. Wir haben schon oben gezeigt, daß eine derartige Bestimmung für einen gegenseitigen Vertrag — den das Bürgerliche Gesetzbuch doch annimmt — nicht zuträglich ist. Vielmehr müßte nach unserer Ansicht der Hinterleger verpflichtet bleiben, für die einmal vereinbarte Zeit die Vergütung zu zahlen und er dürfte nicht ohne weiteres berechtigt sein, durch Rückforderung der Sachen das Vertragsverhältnis zu lösen. Da man dem Hinterleger nicht das Recht absprechen kann, seine Sachen zurückzufordern, so würde diese Frage nur dadurch ihre Erledigung finden können, daß man den entgeltlichen Verwahrungsvertrag als Dienstvertrag behandelt.

Ferner fällt es uns auf, daß bei dem Dienstvertrag gewisse Kündigungsfristen verlangt werden; während

bei dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag von einer Kündigung überhaupt nicht gesprochen wird. Nehmen wir folgenden Fall an.

Jemand hat zwei Pferde in Verwahrung gegeben und bezahlt sein Entgelt in monatlichen Raten. Er weiß nun, daß er in ungefähr 2—3 Monaten die Pferde gebrauchen muß und daher zu der bestimmten Zeit zurückfordern wird. Warum bedarf es hier nicht ebenso wie bei einem Dienstvertrag einer Kündigung vor Ablauf des Vertragsverhältnisses?

Der Hinterleger hat es auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen in der Hand, erst an dem Tag, wo er die Pferde nötig hat, zu dem Verwahrer hinzugehen und unter der Begründung, die Pferde sofort gebrauchen zu müssen (wichtiger Grund des § 696 Satz 2), dieselben zurückzufordern. Der Verwahrer muß die Pferde zurückgeben und das Vertragsverhältnis ist durch diese Rückgabe eo ipso gelöst.

Es ist klar, daß der Verwahrer hierdurch sehr geschädigt werden kann. Denn hätte er gewußt, daß zu einem gewissen Zeitpunkt sein Stall wieder frei sein würde, so hätte er Gelegenheit gehabt, um Verwahrungsverträge abzuschließen. Wie leicht ist es möglich, daß er Vertragsangebote zurückweist in der Meinung, der gegenwärtige Vertrag würde noch längere Zeit bestehen bleiben!

Diese Möglichkeiten für den Hinterleger, einen entgeltlichen Verwahrungsvertrag zu lösen, entsprechen nicht dem Wesen eines gegenseitigen Vertrages, da die eine Partei zu sehr auf Kosten der anderen Partei be-

vorzugt wird. Wir wiederholen daher unsere Forderung, den entgeltlichen Verwahrungsvertrag als Dienstvertrag zu behandeln. Denn durch die Vorschriften des Dienstvertrages werden die soeben geäußerten Bedenken beseitigt.

Selbstverständlich ist, daß beide Vertragsverhältnisse durch den Tod einer der beiden Parteien ihr Ende finden können (§§ 613, 691 B. G. B.).

§ 15.

Zuletzt möchten wir noch folgende Frage stellen: Wie kommt es, daß der Dienstvertrag reich an Vorschriften ist, die aus sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Rücksichten zum Schutze für die wirtschaftlich Schwächeren geschaffen sind, während der entgeltliche Verwahrungsvertrag nicht eine solche Bestimmung aufweist?

Wir haben gesehen, daß der wirtschaftliche Zweck des Dienstvertrages sowohl wie des entgeltlichen Verwahrungsvertrages darin besteht, die Arbeitskraft eines Menschen in den Dienst eines anderen Menschen zu stellen. Die Regel im heutigen Verkehrsleben [1]) ist, daß nur derjenige seine Arbeitskraft für einen Anderen aufwendet, der über nichts anderes als über diese Arbeitskraft verfügen kann und daher gezwungen ist, diese für fremde Produktion herzugeben. Somit dient ihm seine Arbeitskraft als ein Tauschobjekt für Geld,

[1]) Wir sehen hier von den Diensten höherer Art des § 622 B. G. B. als einer Sonderart ab.

und er ist gezwungen, sie täglich von neuem gegen Geld umzusetzen.

Auf Grund der Überlegung, daß Menschen, die weiter nichts als ihre Arbeitskraft, entblößt von allen anderen Produktionsmitteln, in dem wirtschaftlichen Leben verwerten können, gegenüber den Menschen, die außer ihrer Arbeitskraft noch andere Mittel zur Verfügung haben, sehr im Nachteil sind und Gefahr laufen, durch die wirtschaftlich Bessergestellten ausgenutzt und geschädigt zu werden, hat man die sozialpolitischen Vorschriften des Dienstvertrages geschaffen, die bezwecken sollen, einen Ausgleich für die tatsächlich vorhandene Ungleichheit der beiden Vertragsgegner herbeizuführen.

Setzen wir den Fall, Jemand erwirbt seinen Unterhalt dadurch, daß er für Andere Sachen verwahrt [1]). Er verwertet seine Arbeitskraft dadurch, daß er für Andere Dienste ausführt, die diesen eigentlich zufielen. Wenn dieser Betreffende nun einen Dienstvertrag abschließen würde — denn auch hier ist seine Arbeitskraft wieder dasjenige, was er einzig und allein seinem Vertragsgegner zur Verfügung stellt — würden ihm die genannten Schutzvorschriften zur Seite stehen, bei einem entgeltlichen Verwahrungsvertrag aber nicht.

Wir sehen, daß die gleichen Verhältnisse, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, beim Dienstvertrag den von vornherein schwächeren Dienstverpflichteten

[1]) z. B. im §§ 416 ff. H. G. B. finden wir das „Lagergeschäft" als ein besonderes Handelsgeschäft gesetzlich geregelt. Dies ist also ein Beweis, daß ein derartiger Erwerbszweig möglich ist.

durch gewisse Schutzmaßregeln zu schützen, auch beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag vorliegen. Daher sehen wir keinen Grund ein, weshalb der entgeltliche Verwahrungsvertrag solcher Vorschriften entbehrt. Warum könnte bei einem entgeltlichen Verwahrungsvertrag nicht §§ 616, 624 B. G. B. in analoger Weise Anwendung finden? § 615 kann natürlich nicht in Betracht kommen, so lange man auf dem Standpunkt steht, daß der Verwahrungsvertrag ein Realkontrakt ist; nimmt man einen Konsensualkontrakt — Dienstvertrag — an, so steht der Anwendung auch dieses Paragraphen nichts im Wege. §§ 617, 618 scheiden aus dem Grunde aus, daß bei einem entgeltlichen Verwahrungsvertrag von einer Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft nicht die Rede sein kann.

Würde man also den entgeltlichen Verwahrungsvertrag als Dienstvertrag behandeln, so würden §§ 615, 616 Anwendung finden und man würde so dem entgeltlichen Verwahrungsvertrage, der durch seine Sonderstellung im Kontraktssystem des Bürgerlichen Gesetzbuches sehr benachteiligt ist, die gleichen Vorrechte verschaffen, die dem Dienstvertrag zur Seite stehen.

In dem I. und II. Teil unserer Arbeit haben wir gezeigt, wie der Dienstvertrag und wie der entgeltliche Verwahrungsvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt sind. Wir haben gesehen, in welcher Weise das Bürgerliche Gesetzbuch die beiden Vertragsarten trennt

und worin es die Unterscheidungsmerkmale sieht, die es rechtfertigen, die beiden Verträge in zwei verschiedenen Titeln zu regeln.

Der III. Teil unserer Arbeit sollte eine Gegenüberstellung und ein Vergleich dieser beiden Verträge sein und zugleich den Beweis liefern, daß die vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellte Trennung des Dienstvertrages und entgeltlichen Verwahrungsvertrages nicht gerechtfertigt ist, daß vielmehr beide Verträge einheitlich zu behandeln wären.

Wir glauben nachgewiesen zu haben, daß beiden Vertragsarten derselbe Tatbestand zugrunde liegt und daß sie beide den gleichen wirtschaftlichen Zweck haben. So ist die Forderung, beide Verträge als Dienstverträge zu behandeln, nicht ungerechtfertigt. Diese gleiche Behandlung würde auch noch den großen Vorteil haben, daß der eigentliche Verwahrungsvertrag ebenso wie das römisch gemeinrechtliche depositum nur unentgeltlich abzuschließen sei, wodurch ein scharfes Unterscheidungsmerkmal des Verwahrungsvertrages von anderen Verträgen geschaffen würde.

Dies würde nicht nur für die Praxis eine große Erleichterung bedeuten, sondern auch das Gesetz würde übersichtlicher und klarer werden. Denn so und so viele Bestimmungen, die sich im Titel des Dienstvertrages und des Verwahrungsvertrages befinden, würden jetzt nur für den Dienstvertrag in Frage kommen und daher für den Verwahrungsvertrag gänzlich wegfallen.

Im rGem. R. behandelte der Richter die entgeltlichen Verwahrungsverträge als locatio conductio operis oder operarum, je nachdem es auf einen Erfolg der Arbeit ankam oder auf die Arbeitsleistung als solche.

Wie soll aber auf Grund des B. G. B. ein solcher Vertrag vom Richter behandelt und ausgelegt werden? Ein Unterschied zwischen dem Tatbestand eines entgeltlichen Verwahrungsvertrages und eines Dienstvertrages ist, wie wir gesehen, an sich nicht vorhanden. Daher könnte der eine Richter einen derartigen Vertrag als Dienstvertrag auffassen, während der andere Richter einen entgeltlichen Verwahrungsvertrag annehmen könnte. Es würden also für einen Vertrag die §§ 611—630 und §§ 688—700 B. G. B. Anwendung finden können.

Es kann nun auf keinen Fall die Meinung des B. G. B. gewesen sein, daß solche Verträge bald als Dienstverträge, bald als entgeltliche Verwahrungsverträge zu behandeln seien; denn dann wären wir vor die unlösbare Frage gestellt, wann das Eine, wann das Andere der Fall sein solle.

Dieser Unklarheit und Unsicherheit wäre am besten dadurch abzuhelfen, daß die einen der beiden Vertragsbestimmungen in Wegfall kämen und — im Einklang mit unseren oben gemachten Ausführungen — könnten das nur die §§ 688—700 B. G. B., so weit sie auf den entgeltlichen Verwahrungsvertrag Bezug haben, sein.

Es ist aber nicht angängig, die Bestimmungen des Gesetzes über den entgeltlichen Verwahrungsvertrag

einfach beiseite zu schieben und solche Verträge nur als Dienstverträge zu behandeln.

Wie ist es nun möglich, den Vorschriften des Gesetzes bei einem Vertrag, dessen Tatbestand an sich sowohl die Annahme eines Dienstvertrages als eines Verwahrungsvertrages rechtfertigt, in der richtigen Weise nachzukommen?

Auf diese Frage gibt uns Lotmar[1]) eine Antwort. Aus seinen Ausführungen folgt, daß auch nach seiner Meinung ein Vertrag auf entgeltliche Verwahrung unter den Dienstvertrag fällt, also beiden Vertragsarten der gleiche Tatbestand zugrunde liegt. Aber nach dem B. G. B. sei es nicht möglich, daß ein entgeltlicher Verwahrungsvertrag ein Dienstvertrag sei. Denn durch ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes sei ein auf entgeltliche Verwahrung gerichteter Vertrag eben zum Verwahrungsvertrag gestempelt, d. h. er sei vom Dienstvertrag ausgeschieden und mit besonderer Rechtswirkung ausgestattet.

Dieser Beweisführung Lotmar's müssen wir beitreten. Es bleibt dabei, die Tatsache bestehen, daß beiden Vertragsarten derselbe Tatbestand zugrunde liegt. Die besonderen Bestimmungen des entgeltlichen Verwahrungsvertrages finden dagegen ihre Erklärung in der positiven Bestimmung des Gesetzes, daß der entgeltliche Verwahrungsvertrag einen contractus sui generis bildet und so muß nach B. G. B. jeder Vertrag, der eine entgeltliche Verwahrung

[1]) Lotmar, Arbeitsvertrag I. S. 285. VI. u. ff.

zum Gegenstand hat, kraft positiver Gesetzesvorschrift nach den Bestimmungen über den entgeltlichen Verwahrungsvertrag beurteilt werden, obwohl er nach dem ihm zugrunde liegenden Tatbestande eigentlich wie ein Dienstvertrag zu behandeln wäre.

Wenn diese Arbeit den entgeltlichen Verwahrungsvertrag mit dem Dienstvertrag zusammen und diesem gegenüberstellt, so ist doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß ein auf entgeltliche Verwahrung gerichteter Vertrag auch an sich ein Werkvertrag sein könnte.

Wir haben es unterlassen, die angestellte Betrachtung auch hierauf auszudehnen, weil Werkverträge auf Verwahrung im Leben weniger vorkommen und daher diese Frage von geringerem Interesse ist. Doch bemerken wir, daß für derartige Werkverträge auf Verwahrung im Gegensatz zu den entgeltlichen Verwahrungsverträgen das Gleiche gilt, das wir von dem Verhältnis der Dienstverträge auf Verwahrung zu entgeltlichen Verwahrungsverträgen gesagt haben.

Das es sich beim Werkvertrag um den Erfolg der Arbeit und beim Dienstvertrag um die Arbeitsleistung als solche handelt, ist für sein Verhältnis zum entgeltlichen Verwahrungsvertrag in den für uns in Frage kommenden Punkten ohne Bedeutung.